

ROBERTO CARVALHO VELOSO

**A INFLUÊNCIA DA TEORIA DO CONSENSO NA JUSTIÇA
PENAL**

(o advento da Lei 9.099/95 como consequência da adoção da Justiça Consensual no
Direito Penal brasileiro)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ**

Teresina-PI

2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL EM FILOSOFIA DO DIREITO E
TEORIA GERAL DO DIREITO

A INFLUÊNCIA DA TEORIA DO CONSENSO NA JUSTIÇA
PENAL
(o advento da Lei 9.099/95 como consequência da adoção da Justiça
Consensual no Direito Penal brasileiro)

Roberto Carvalho Veloso

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio Brandão.

Teresina-PI
2003

ROBERTO CARVALHO VELOSO

**A INFLUÊNCIA DA TEORIA DO CONSENSO NA JUSTIÇA
PENAL**

(o advento da Lei 9.099/95 como consequência da adoção da Justiça Consensual no
Direito Penal brasileiro)

Dissertação apresentada à Coordenação do Mestrado da Faculdade de
Direito, da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 24 de abril de 2003

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luciano Oliveira

Prof. Dr. Artur Stamford

Prof. Dr. João Renor

*Aos meus pais,
que me deram a vida e a educação.
À Mônica,
companheira de todas as horas.
Aos meus filhos,
presentes de Deus.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte fecunda de amor e de graça.

À Universidade Federal do Piauí, que proporcionou aos seus professores de Direito a oportunidade de se qualificarem.

À Universidade Federal do Pernambuco, por meio da Faculdade de Direito do Recife, que aceitou o desafio de realizar um mestrado interinstitucional no Estado do Piauí.

Ao meu orientador, professor doutor Cláudio Brandão, que com o seu brilhantismo muito contribuiu para a realização deste trabalho.

Aos professores doutores João Maurício Adeodato e Andreas Krell, entusiastas do Direito e grandes juristas.

À Esapi, na pessoa da professora Fides Angélica, que gentilmente colaborou para o êxito deste mestrado.

Ao professor doutor Francisco Paes Landim, inteligência piauiense, que com sua vasta biblioteca a todos orientou.

Ao professor Airton Sampaio, que com mestria revisou esta dissertação.

Aos meus alunos, que tiveram a paciência de esperar a conclusão do mestrado para ter o professor integralmente de volta às salas de aula.

A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

Beccaria

RESUMO

Palavras-chave: Teoria do Consenso – Direito Penal – Direito Processual Penal – Princípio da Obrigatoriedade – Princípio da Oportunidade – Transação Penal - Composição Civil dos Danos – Suspensão Condicional do Processo.

A presente dissertação consiste em uma tentativa de demonstrar que no Estado Democrático de Direito, fórmula do atual momento histórico em que se vive, a teoria do consenso permeia as relações intersubjetivas dos cidadãos. Nesse contexto, a partir dos pensamentos de Beccaria, Rawls, Habermas, Roxin, dentre outros, busca-se examinar, sob um prisma constitucional, a influência daquele ideal sobre a Justiça Penal, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade e o fortalecimento do princípio da oportunidade, permitindo acordos entre as partes litigantes no Processo Penal.

O estudo contém uma breve panorâmica sobre as possibilidades que no direito estrangeiro, se oferecem à negociação penal. Assim, fala-se sobre a *plea bargaining* e a *guilty plea* do sistema americano e de seus similares na Alemanha, Itália e Portugal.

A negociação penal como medida despenalizadora, objetiva ser uma alternativa à prisão, a qual, embora ainda preconizada como a solução dos males da criminalidade, já não é mais assim aceita pela moderna doutrina penal. Para substituí-la acha-se em prática, atualmente, a possibilidade de uma Justiça Penal negociada, inaugurada no Brasil, pela Lei 9.099/95, aplicada à Justiça Estadual, e reforçada pela Lei 10.259/2001, à Federal.

A Lei 9.099/95 trouxe, como novidade, a possibilidade de Composição Civil dos Danos, na ação penal privada e na pública condicionada, como forma de extinção da punibilidade, a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo nas ações penais públicas e privadas. Todos esses institutos como medidas alternativas à pena privativa da liberdade.

ABSTRACT

Key-words: Consensus Theory – Penal Law – Penal Procedure Law – Obligatoriness Principle – Opportunity Principle – Penal Negotiating – Civil Damage Composition – Conditional Interruption of the Lawsuit.

The current dissertation consists in an attempt of demonstrating that, in the Democratic State of Right, model adopted in our country in this historical moment, the consensus theorie permeate the inter-personal relations. In this context, starting from the thoughts of Beccaria, Rawls, Habermas, Roxin, among others, we try to examine, under a constitutional prism, the influence of this ideal over the Penal Law, with the palliation of the obligatoriness principle and the reinforcement of the opportunity principle, allowing agreement between the litigant parties in the Penal Procedural Law.

The study holds a short overview of the possibilities that, in foreign law, are presented as an option to the penal negotiating. Thus, we discourse upon *the plea-bargaining and the guilty plea* of the American system and its similarities in German, Italy and Portugal.

The Penal Negotiating, as a measure of penalty extinction, intends to be one alternative to imprisonment, which, although, still proclaimed as a solution of the criminality iniquities, has just not been accepted by the modern doctrine anymore. To substitute it, finds itself in practice, today, the option of the negotiated penal law, inaugurated in Brazil by the Law 9099/95, and applied to the State Justice, reinforced by the Law 10259/2001, to the Federal Justice.

The Law 9099/95 has brought, as novelty, the civil damage composition possibility in private penal action and in conditioned public action, as a manner of extinguishing the punishment, the penal negotiating and the conditional interruption of the lawsuit in the publics and privates penal actions. Each one of these institutes means to be alternatives to the restrictive liberty penalties.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

TÍTULO I

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA TEORIA DO CONSENSO NO DIREITO PENAL

1. O DIREITO PENAL NOS SÉCULOS XVIII - XIX: A REVOLUÇÃO ILUMINISTA	18
1.1. A revolta contra o Absolutismo	19
1.2. O direito de punir, no Absolutismo	20
1.3. A reação iluminista ao direito de punir absolutista	22
1.4. O Estado: órgão gerador das leis punitivas	24
1.5. O pensamento filosófico de Kant e o imperativo categórico da Justiça Penal	26
1.6. Hegel e a pena como negação da negação do direito	28
1.7. A prevenção geral e o pensamento de Feuerbach	29
1.8. O pensamento de Beccaria, a humanização da pena e a publicização do processo	31
1.9. O cientificismo positivista e o estudo das causas da criminalidade .	34
1.10. Von Listz e o pensamento positivista voltado para a explicação do fenômeno do crime	35
1.11. Considerações finais parciais	36
2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PUNIR	38
2.1. A origem do princípio da proporcionalidade	38
2.2. Aplicação no Direito Administrativo	38
2.3. Aplicação no Direito Constitucional	39
2.4. Aplicação no Direito Penal	40
2.5. Proporcionalidade no direito de punir, na Idade Média	40

2.5.1. A proporcionalidade segundo Santo Agostinho	41
2.5.2. A proporcionalidade segundo Santo Tomás de Aquino	42
2.6. A proporcionalidade no direito de punir, na Idade Moderna	44
2.7. A proporcionalidade no Direito Penal atual	44
2.7.1. Proporcionalidade e culpabilidade	48
2.7.2. Proporcionalidade e subsidiariedade	49
2.8. Considerações finais parciais	50
3. AS REPERCUSSÕES NA JUSTIÇA PENAL DA TEORIA DO CONSENSO	51
3.1. O Estado Democrático de Direito	51
3.2. A teoria do consenso	52
3.3. As repercussões no processo penal	54
3.4. A constitucionalização, no Brasil, do processo penal	55
3.5. A dignidade da pessoa humana e a teoria do consenso	56
3.6. A admissibilidade de margens de consenso e a obrigatoriedade da ação penal	59
3.7. Considerações finais parciais	60

TÍTULO II

A INTRODUÇÃO DA TEORIA DO CONSENSO NO DIREITO PENAL

4. A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO COMPARADO	63
4.1. O exemplo norte-americano	63
4.1.1. Modalidades de <i>plea bargaining</i>	66
4.1.2. Papel dos sujeitos processuais	67
4.1.2.1. Ministério Público	67
4.1.2.2. Defesa	67
4.1.2.3. Juiz	68
4.1.2.4. Vítima	68
4.1.3 Procedimento da <i>plea bargaining</i>	69

4.2. Generalidades sobre a <i>applicazione della pena surichiesta delle parti o patteggiamento sulla pena</i> do Direito italiano	70
4.3. Aplicação da teoria do consenso no direito alemão	71
4.3. Suspensão provisória do processo em Portugal	72
4.4. Considerações finais parciais	73
5. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: FATOR DE INTRODUÇÃO, NO BRASIL, DO MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA PENAL	75
5.1. A ilusão do aumento da pena no combate ao crime	77
5.3. A evolução das idéias penais no Brasil	78
5.4. A Lei 9.099/95	79
5.5. Considerações finais parciais	80
6. A TRANSAÇÃO PENAL	81
6.1. A natureza jurídica do instituto	81
6.2. A natureza jurídica da sentença proferida	82
6.3. A constitucionalidade	84
6.4. O princípio de obrigatoriedade da ação penal e a transação	85
6.5. A aplicabilidade, na Justiça Estadual, da Lei 10.259/01	86
6.6. Os requisitos autorizadores	87
6.7. A aplicação na ação penal privada	89
6.8. O rito processual	90
6.9. Considerações finais parciais	91
7. A COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS	93
7.1. Generalidades	93
7.2. A extinção da punibilidade na ação penal privada e na pública condicionada	93
7.3. Os efeitos na ação penal pública incondicionada	94
7.4. A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal	95

7.5. Considerações finais parciais	96
8. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	
8.1. Generalidades	98
8.2. A natureza jurídica do instituto	98
8.3. A aplicação da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001	99
8.4. Requisitos de admissibilidade	103
8.5. O rito	104
8.6. A extinção da punibilidade	107
8.7. Considerações finais parciais	109
	110
9. DISCUSSÃO DOS DADOS DA PESQUISA DE CAMPO	
9.1. Situação prática da Transação Penal e da Composição Civil dos Danos nos Juizados Especiais Criminais de Teresina, no Estado do Piauí	112
9.2. Situação prática da Suspensão Condicional do Processo, no Setor Criminal da 2ª Vara da Justiça Federal, no Estado do Piauí	112
9.3. Considerações finais parciais	113
	115

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS

INTRODUÇÃO

A partir do tema *A Influência da Teoria do Consenso na Justiça Penal* discorrer-se-á, aqui, sobre o avanço do Direito Penal através dos séculos, desde a reação aos atos de punição crudelíssimos e arbitrários, por meio de suplícios, em nome do Absolutismo, até os dias atuais, em que vigem as soluções consensuais no âmbito da Justiça Penal.

Por primeiro, dissertar-se-á que a Ilustração do século XVIII influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, deu-se a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de caráter universalizante. Tais princípios, com efeito, transformaram-se em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio.

A partir do século XVIII, o movimento iluminista se consagrou no terreno jurídico-político europeu. Entrou-se, assim, numa época de inconformismo com os sistemas políticos de então, marcadamente absolutistas e autoritários, para proclamar outros valores, como os da razão subjetiva e crítica e os do racionalismo humanista e antropocêntrico. Nela imperou o primado da razão, situação que se pode atribuir, em grande parte, à consagração das ciências naturais e físicas, que passavam por um período de verdadeiro furor. Já ainda no Renascimento se afigurava uma certa explosão individualista e, sem embargo do pessimismo de alguns, como Hobbes, a razão ressurge, no Século das Luzes, em forma política, por meio do Liberalismo.

Ao buscar a origem do Liberalismo em filosofias e religiões que dão um particular relevo ao valor do indivíduo na comunidade, o Iluminismo, apesar de alguma variabilidade de formulação, assentou basicamente uma perspectiva que põe o homem no centro da vida em sociedade, salvaguardando-lhe a autonomia moral e protegendo-o juridicamente por intermédio de direitos e garantias fundamentais. Resultou, assim, a exigência de um Estado de Direito que impusesse limites jurídicos à atividade estatal.

A partir dessa perspectiva, a dissertação demonstrará que o Direito Penal evoluiu através dos tempos, desde a vingança privada até o modelo consensual de Justiça Criminal, chegando-se à conclusão de que o princípio da proporcionalidade foi o norte para a humanização das penas. É que tal princípio, no âmbito do direito de punir, revela, por uma face, a força do interesse da defesa social e, por outra, o direito do condenado de não sofrer uma punição excedente do limite do mal causado pelo ilícito,

pois a proporção entre o injusto penal e a pena é uma das exigências fundamentais de um Direito Penal realmente democrático.

A necessidade da manutenção da ordem social impõe, pois, um limite para a aplicação do Direito de punir, que deve ser procurado através da racional proporção entre a gravidade do injusto e a culpabilidade, com a quantidade da pena. Aliás, há, atualmente, na doutrina nacional e estrangeira, uma clara, talvez uníssona, afirmação de que o princípio da proporcionalidade é uma baliza, um norte, uma bússola na proteção dos direitos fundamentais do homem.

É que o poder público, quando atua, nas esferas legislativa, judiciária ou administrativa, deve fazê-lo de forma apropriada, exigível e certa, ou seja, de maneira adequada, necessária e proporcional¹. Diz, nesse sentido, Miranda (1993, 216), que o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: necessidade, adequação e racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*. Ora, sendo o Direito Penal o meio mais grave de intervenção estatal nos direitos individuais, nada mais acertado que a aplicação do princípio da proporcionalidade, para limitar essa atuação na criação de novos crimes ou mesmo para retirar do alcance desse ramo do Direito assuntos resolvíveis por outros segmentos. Registre-se, que foi no Direito Penal que surgiu o princípio da proporcionalidade, originando-se com a Magna Carta inglesa de 1215 e consolidando-se na obra de Beccaria *Dos Delitos e das Penas*..

Demonstrar-se-á, também, que no Estado Democrático de Direito, fórmula do atual momento histórico, as teorias do discurso e do consenso permeiam as relações intersubjetivas dos cidadãos. Nesse contexto, buscar-se-á examinar a influência de tais teorias sobre a Justiça Penal, sob um prisma constitucional, com a mitigação do princípio da obrigatoriedade e o fortalecimento da oportunidade, ao permitir, no processo penal, acordos entre as partes litigantes.

No mundo inteiro, é cada vez mais forte a aplicabilidade, no Direito Penal, das teorias do consenso. Essas teorias, como não poderiam deixar de sê-lo, adentraram forte no sistema processual penal, tanto que em alguns países de há muito existe a

¹ A proporcionalidade não concerne apenas à declaração, em abstrato ou em concreto, de direitos e deveres. Ela está, sobretudo, ao serviço da limitação do poder político, como instrumento de funcionalização de todas as atuações suscetíveis de contender com o exercício de direitos ou a adstrição a deveres, não se exaurindo nas relações das entidades públicas com os cidadãos. Também envolve uma diretiva para as relações que se desenrolam no interior do aparelho institucional do Estado, máxime na consideração das competências dos órgãos, em determinadas vicissitudes.

Justiça Penal consensual, a exemplo da *plea bargaining* do direito processual americano, o mesmo sucedendo na Alemanha, onde há a possibilidade de o órgão encarregado da acusação deixar de fazê-la, ou mesmo de o tribunal arquivar um processo já iniciado, conforme as possibilidades contempladas nos parágrafos 153 e seguintes da lei processual penal alemã. Ademais, na Itália, vigora *la applicazione della pena su richiesta delle parti o patteggiamento sulla pena*, em Portugal há a *suspensão provisória do processo* e, entre nós, a *suspensão condicional do processo*, a *composição civil dos danos e a transação penal*.

Dedica-se, assim, parte deste trabalho ao Direito comparado, ao discorrer, em rápidas pinceladas, sobre as possibilidades que o Direito estrangeiro oferece ao consenso, com a finalidade de mostrá-las, a título de referência ilustrativa e ponto de cotejo, com o que ocorre no Brasil. Assim, na panorâmica anunciada, faz-se primeiramente um especial enfoque sobre a questão nos Estados Unidos, país em que, há mais de cem anos, se utiliza a *plea bargaining*, como fórmula de resolução do conflito penal e em cujo modelo se inspirou o legislador europeu e o brasileiro. Depois, analisar-se-á, ainda que perfunctoriamente, as possibilidades consensuais no sistema europeu (Itália, Alemanha e Portugal).

O grande interesse da doutrina por essa nova dimensão do consenso, aliado à interpretação dos tribunais sobre os efeitos atinentes à espécie, têm sido muito útil para resolver as dúvidas e interrogações suscitadas em torno das possibilidades concretas da aplicação do consenso no procedimento adotado pela lei brasileira. Deve-se, porém, ter em conta que a análise do consenso, tanto na sua clássica quanto na sua moderna regulação positiva, resultam em um tema polêmico, pois, dentre outras circunstâncias, traz para a ação penal pública a aplicação dos princípios da oportunidade e da disponibilidade, antes exclusivos da ação penal de iniciativa exclusiva do ofendido.

Na verdade, desde o final do século XVII e princípio do XVIII se vem observando a ineficácia do Direito Penal e do Processual Penal no ataque ao incremento generalizado e contínuo da criminalidade e no combate à situação de colapso dos Tribunais de Justiça. Com efeito, o aumento progressivo da delinquência, a criação de novos tipos penais em resposta a novos valores sociais dignos de proteção (meio ambiente, patrimônio histórico e artístico, direitos do consumidor, etc.) e a insuficiente dotação de meios pessoais e materiais dos órgãos jurisdicionais provocaram, certamente, a existência de um abismo, quase insuperável, entre os fatos

delitivos pendentes de resolução e aqueles que efetivamente eram conhecidos e julgados por meio de um processo judicial.

Nesse desolador panorama, as correntes reformistas introduziram diversas medidas, dirigidas a aliviar o crítico estado em que se encontra a Justiça Penal no mundo, conduzindo, as ditas medidas, a dois resultados: Primeiramente, no âmbito do Direito Penal, a medida se reflete na descriminalização ou despenalização das infrações de pouco potencial ofensivo, que suscitam um interesse social mínimo, seja suprimindo-as por completo dos Códigos penais, seja diminuindo consideravelmente as penas para elas previstas ou remetendo a sanção ao campo meramente civil ou administrativo.

Em segundo lugar, no âmbito do Direito Processual Penal, tem-se a substituição do sistema acusatório puro pela acentuada publicidade e oralidade de todo o processo, além da permuta da fase judicial instrutora por uma preliminar conciliatória. Além disso, o processo penal se orienta para a potencialização do princípio da oportunidade, o qual, em sentido mais estrito, implica eximir o Ministério Público do dever de propor a ação penal em face de todo fato punível ou, em outro giro, facultando-lhe não iniciar um processo ou dele desistir, uma vez começado, apesar dos indícios da prática de um fato delituoso.

Busca-se, enfim, no processo penal, a aceleração da atividade judicial, com a redução do trabalho dos órgãos judiciais penais, pela introdução de procedimentos monitorios e abreviados, nos quais a concordância do acusado – em relação à proposta de sanção que o Ministério Público leva ao Juiz ou aos termos da acusação – se erige em meio para evitar o processo ou alguma de suas fases. Junto a essas soluções, os países de tradição processual continental coincidem em adotar, como mecanismo de aceleração do processo, determinadas fórmulas de justiça negociada, como a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, na Itália, o arquivamento mediante condições, na Alemanha, e a suspensão provisória do processo, em Portugal.

Aliás, todos esses institutos trazem em si uma discussão filosófica profunda, porque, desde Kant (1960, 68), que dizia ser a pena um imperativo categórico, até os dias atuais, quando Jakobs (1996, 114) a afirma ter por finalidade o restabelecimento da norma, é de difícil compreensão a possibilidade de a comunidade abdicar do direito de ver punido quem pratica um fato delituoso, quanto de o próprio réu renunciar às prerrogativas constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Não poderia, porém, o legislador olvidar a crescente massificação da pequena criminalidade, sendo

perfeitamente discerníveis, dentro do processo penal, certos espaços em que a solução de consenso, além de possível, torna-se recomendável.

Sob tal premissa, a Constituição Federal expressamente previu a solução consensual no âmbito da Justiça Criminal ao estabelecer, no item I do artigo 98, a criação de Juizados Especiais, com a competência de celebrar a transação. É assim que, através da Lei 9.099/95, surge, no Direito Processual Penal brasileiro, a *composição civil dos danos, a suspensão condicional do processo e a transação penal*.

Tendo-se, pois, em mente esses paradigmas, discutir-se-á se o consenso será afuncional, em determinados casos concretos, ou seja, se deixará de ser, em dados casos, a mais correta e adequada solução a aplicar ao conflito jurídico-penal.

TÍTULO I
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA TEORIA
DO CONSENSO NO DIREITO PENAL

CAPÍTULO 1

O DIREITO PENAL NOS SÉCULOS XVIII - XIX: A REVOLUÇÃO ILUMINISTA

1.1 A revolta contra o Absolutismo

O emergir histórico do Liberalismo Iluminista deve-se, em grande parte, a uma revolta contra o autoritarismo do Estado-Polícia absolutista. Com efeito, com o Iluminismo dá-se primazia à razão e à liberdade individual dos homens, repudiando-se um insuportável despotismo. Essa época representa, também, a culminância de um processo de reação ao fundamento divino das leis dos homens no domínio temporal.

O Estado não deve, na verdade, ingerir na autonomia moral dos seus cidadãos, pois que, para a fundamentação das normas jurídicas, basta a razão humana, havendo, então, que separar Direito e Moral. Kant (1960, 73-74) proclama, nesse contexto, a vontade boa e a autonomia racional da humanidade, concebida em si mesma: uma espécie de rejeição da heteronomia ou uma emancipação do homem em face de Deus. Resulta, pois, como ilegítima a interferência de uma coação externa na esfera moral dos cidadãos, uma vez que a consciência ética de cada um julgará da obediência ou não ao dever do imperativo categórico da razão.

O Direito bastar-se-á com o asseguramento da coexistência pacífica entre os homens e, para tal, deverão eles agir segundo um livre-arbítrio juridicamente fundamentado e, assim, legitimado. Desta ordem de considerações, avulta a exigência de uma atuação limitada do Estado, que deve tratar as pessoas como iguais, sem privilégios, bastando-se tão-só em garantir a segurança e a propriedade dos governados.

A transferência e conseqüente concretização desta corrente de idéias do plano filosófico para o campo prático do regime político vigente terá de ser atribuída, em grande parte, à ascensão da classe burguesa, que começou a ganhar consciência do seu poder de interferência na vida política, reivindicando, então uma sociedade autônoma ao controle do aparelho estatal. Consoante Canotilho (1993, 352), as formulações filosóficas e políticas dos diversos autores iluministas encontraram, com efeito, eco nos interesses de uma classe social que se revelava forte e poderosa, em razão de ser organizada em pequenas famílias, que funcionavam como unidades de produção e lhes confere uma independência e uma liberdade de espírito propiciadores

da regra de ausência de constrangimentos externos. É assim, fundamentalmente, que se dá a tensão entre os interesses liberais da classe burguesa e o autoritarismo do Antigo Regime e que vai fazer eclodir, a final, a Revolução Francesa, cujas conseqüências fortificarão os princípios basilares do pensamento iluminista e, em decorrência, o ideal de Estado de Direito, como forma de organização política do Estado.

Estas transformações, de caráter filosófico-político, ocorridas na Europa continental do século XVIII, não podiam deixar de ter, como tiveram, uma enorme repercussão no âmbito dos respectivos modelos estruturais do processo penal. Daí o surgimento de um Direito Processual Penal visto, conforme Dias (1988, 41), como uma “ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado”, o que só se tornou possível pela tripartição de poderes, propugnada por Montesquieu. Trata-se de um direito processual penal que, sem abandonar algumas características inquisitórias próprias da cosmovisão romano-germânica, preocupa-se em conferir uma defesa digna ao acusado e, conseqüentemente, o reconhecimento da sua dimensão humana. O exemplo disso está no direito anglo-saxônico, que adota um modelo estrutural claramente acusatório.

Dessa época, herdaram-se, segundo lembra Gilissen (1993, 366), o *Bill of Rights* na Inglaterra, em 1689, as Constituições dos Estados Americanos, em 1776-1777, a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e as Constituições da Revolução Francesa (1791, 1793, 1795).

1.2 O direito de punir, no Absolutismo

O direito de punir, no Absolutismo, era uma maneira de perpetuação do poder do monarca. A idéia vigente era a de que, ao praticarem os crimes, os autores, de forma direta, infringiam as leis instituídas, em prejuízo das respectivas vítimas e, indiretamente, ofendiam o soberano ou os seus prepostos. O criminoso, dessa forma, tornava-se inimigo do sistema estabelecido, razão pela qual contra ele deveriam recair as mais severas punições. Brandão (2002, 29) a esse respeito diz

Na Idade moderna, os sofrimentos impostos pelo uso de um Direito Penal não limitado pelo princípio da Legalidade deram continuidade ao terror que

se verificou na Idade Média. Os monarcas utilizavam-se do Direito Penal com o fim de assegurar a continuidade do absolutismo, pois quanto maior fosse o terror penal, maior seria o temor de rebelar-se contra o regime.

Desse raciocínio, decorre a gravidade dos suplícios, impostos em nome da vingança pública, a qual teve, no Brasil, a aplicação das sanções previstas no Livro V das Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830. De fato, pela leitura das Ordenações, extrai-se a desproporcionalidade das penas em face da gravidade dos fatos tipificados como crimes mas que, em verdade, representavam, quando muito, o pecado.

Estabelecemos que toda pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, que de Lugar Sagrado ou não Sagrado tomar pedra de Ara, ou Corporaes, ou parte de cada huma destas cousas, ou qualquer outra cousa Sagrada, para fazer com ella alguma feitiçaria, morra morte natural (Dos feiticeiros, Ordenações Filipinas, Livro V).

A punição, em termos de proporção, sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido. Na França, em nome da vingança pública, há o exemplo do suplício suportado por Damiens, condenado em 1757. Este homem, conforme nos conta Foucault (1997, 11-12), foi transportado numa carroça pelas ruas de Paris, teve de pedir perdão publicamente e, após torturado, seu corpo foi puxado e desmembrado por quatro cavalos e depois consumido ao fogo e suas cinzas lançadas ao vento, à vista de todos.

Trata-se, este, de um tempo de uma política criminal intensamente repressiva e intimidativa, em que não existiam regras penais ou processuais seguras e o respeito, portanto, à legalidade estrita. A lei penal, aliás, foi barbaramente instrumentalizada pelos detentores do poder, que se valiam do Direito Criminal para eliminar “inimigos” ou enriquecer. É que predomina à época, quanto à pena, a prevenção geral negativa (intimidação, com apoio na teoria da coação psicológica, de Feuerbach (1989, 60-61), segundo a qual o desprazer da pena tem de ser maior que o prazer do crime), e a execução exemplar das penas corporais (“As pessoas”, diz Foucault, 1997, 53, “não só tem que saber, mas também ver com os próprios olhos. Porque é necessário que tenham medo;”), sobretudo da pena de morte.

Não se observava, de outro lado, o princípio da personalidade da pena e se controlava a população pelo *poder de perdão*, já que o Rei contava com um ilimitado *ius puniendi*. Freitas (2001, 100) diz que “a graça é expressão de um poder absoluto que paira acima da lei. O tribunal condena, mas o soberano pode perdoar, o que denota a concentração dos poderes do Estado em torno de sua pessoa”. Grande também foi a influência da Igreja, já que se confundia o pecado com o delito, tanto que os crimes mais hediondos eram o de lesa-majestade humana (crime contra o rei) e o de lesa-majestade divina (heresia, apostasia, blasfêmia, feitiçaria, etc.).

A reação aos atos de punição por meio de suplícios, em nome do Absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século XVIII. De fato, a Ilustração influenciou diretamente a Revolução Francesa e, com ela, deu-se a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tiveram caráter universalizante e se transformaram em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio.

1.3 A reação iluminista

Conforme ensina Freitas (2001, 47-48), na França ocorreu a transição mais radical do absolutismo para o liberalismo, representado pelo rompimento entre a burguesia nascente e a realeza e a aristocracia. Diz Freitas (2001, 49) que “sob o prisma mais acentuadamente político do liberalismo, a Revolução Francesa implicou na negação de uma personagem *legibus solutus* dotada de poderes absolutos – inclusive de determinar e aplicar o direito – acima dos indivíduos.”

A Revolução Francesa acabou com a autoridade política em mãos de um príncipe titular da antiga ordem jurídica e social privilegiada, proveniente da Idade Média. O absolutismo era a maior barreira à eficácia e eficiência do novo sistema burguês e precisava ser extirpado. A burguesia inaugurava, então, um novo modelo, baseado no contrato social, contra os privilégios de outrora, instalando o poder limitado, denominado de *Estado de direito*.

Inaugurava-se a limitação constitucional da autoridade, advindo o Estado burguês, liberal democrático. O poder político do chamado *terceiro estado* começou com a Revolução Francesa, chegando ao seu apogeu no século XIX. Deu-se o

florescimento do capitalismo, com as navegações, o comércio vibrante, as indústrias manufatureiras e as empresas criadas para o lucro.

Com as novas conquistas liberais ocorreu, no campo penal, o fim gradativo dos suplícios, impostos pela vingança pública. A partir de então, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Na verdade, com o ocaso do Absolutismo, as sanções perderam, por consequência, a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália da própria sociedade. O delinqüente, por sua vez, passou a ser considerado um violador do pacto social, tornando-se inimigo não do rei, mas da comunidade.

A pena, nesse contexto, conforme diz Gomes (2000, 2), perdia, igualmente, o caráter religioso. O predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar a natureza de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios. Por isso é que de Direito Penal, propriamente dito, somente se pode falar, a rigor, a partir mesmo do Iluminismo, que foi o coroamento do movimento de humanização do homem, iniciado com o Renascimento e a Reforma. Muitos pensadores se destacaram nessa época, como, entre outros, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Locke, Feuerbach, Bentham, Filangieri, Romagnosi, Lardizábal.

Porém, dentre todos, o que mais se destacou foi Beccaria, que foi autor do clássico *Dos delitos e das penas* (1764). Freitas (2001, 69) falando sobre Beccaria diz que ele “foi um filósofo iluminista”. A sua obra é considerada um marco no Direito Penal, porque estabeleceu os princípios do Direito Penal moderno. Sobre a biografia do milanês, Brandão (2002, 30) diz que ele nasceu em 15 de março de 1738, sendo filho de uma família nobre de Milão, que, por tradição, era vinculada ao Papa. Foi estudante interno dos jesuítas na Cidade de Parma, até quando ingressou na Universidade de Pavia, onde estudou Direito.

A reação iluminista refletiu com força no Direito Penal, originando um novo, construído em novas bases. A partir daí o Direito penal assume características ditadas pelo contratualismo de Rousseau, pelo utilitarismo das penas, pelo legalismo, pela secularização e pela prisionização. Gomes (2000, 1-3) ensina que o Contrato Social funda-se na premissa de os cidadãos cederem parte de sua liberdade em favor do Estado, que representa a vontade geral e que se encarrega de protegê-los; o utilitarismo

porque a pena passa a ter por finalidade a defesa da sociedade; o legalismo, pois, não há crime nem pena sem lei anterior que o defina; a secularização caracteriza-se pela separação do crime do pecado; a prisionização como uma conquista, para a época, frente à barbárie da tortura e dos suplícios corporais públicos.

Beccaria (1998, 19) expressou com singular acuidade sua impressão sobre a utilidade da pena, do seguinte modo

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave.

1.4 O Estado: órgão gerador das leis punitivas

Ultrapassada a concepção da origem divina do poder de punir², a Filosofia das Luzes vai submeter ao filtro crítico da razão as leis existentes. O homem questiona-se no sentido de, por um lado, procurar o fundamento da intervenção estatal na esfera dos cidadãos, através das sanções penais e, de outro, saber dos limites em que tal poder punitivo deve ser exercido. Se na Idade Média e no Renascimento não houve esta preocupação de refletir racionalmente sobre a legitimidade do Estado para sancionar coativa e dramaticamente, por meio da punição penal, no Iluminismo ela assume um papel fundamental.

Desempenha, então, função decisiva um instituto típico da escola jusnaturalista moderna: o *Contrato Social*. Beccaria (1998, 27) explica-o nestes moldes

As leis são as condições pelas quais os homens isolados e independentes se uniram em sociedade, cansados de viver num contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que lhes era inútil, devida à incerteza de a conservar. Sacrificaram, por isso, uma parte dela para gozar a restante em

² “Que sabemos nós da justiça de Deus para nos arrogarmos a capacidade para exprimir com as nossas sentenças não apenas o honrado esforço da nossa defeituosa justiça terrena, mas, simultaneamente, a vontade de Deus? A máxima bíblica, ‘não julgueis para que não sejais julgados,’ é, assim entendida, precisamente como um veto contra a híbrida crença de conhecer o juízo divino sobre a culpa humana e poder executá-lo” (ROXIN, 1993, 19).

segura tranqüilidade. A soma de todas estas porções de liberdade, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação, e o soberano é seu administrador e legítimo depositário.

Correia (1954, 59), no mesmo sentido, diz que

tal como no direito criminal, também o iluminismo fez sentir a sua influência no processo criminal: que se traduz, no fundo, numa tendência para equilibrar os interesses da defesa da sociedade com os interesses da liberdade dos indivíduos, daí que se formulasse uns tantos princípios da política processual criminal tendentes à realização desse objetivo.

Sabe-se que não deve deixar de ser assim, tendo em vista a relação de complementaridade entre esses dois ramos do Direito, o Penal e o Processual Penal. Por conseguinte, um Direito Penal, com as características enunciadas, terá de ser realizado por um modelo de processo penal estruturado em moldes racionais, a serviço do indivíduo e rejeitador de mecanismos intimidatórios e atentatórios da integridade física e moral dos acusados. Disto advém o modelo de estrutura acusatória ou mitigada, que salvaguarda a defesa do acusado após a investigação dos fatos, conferindo-lhe um estatuto proibitivo de contra ele se utilizarem práticas que ultrapassem o que é legítimo, por efeito do Contrato Social. Não se trata, é certo, de um modelo particularmente vocacionado para conferir direitos e garantias tendentes a uma intervenção ativa do acusado, de forma a que este possa desencadear mecanismos que influam no processo, no sentido de chegar a soluções que preconizem a sua ressocialização. Os seus direitos e garantias estão restritas a uma defesa digna, que possa evitar, a todo custo, condenações injustas.

Há, nesse contexto, que fazer com que a sociedade civil confie no sistema de justiça, ao invés de com ele se aterrorizar. Assim, os direitos de defesa de que o acusado é portador garantem uma política processual que não compreende nem aceita situações como, por exemplo, aquelas em que, por razões de Estado, se considere culpado um inocente, seja com a finalidade de resguardar a posição do verdadeiro criminoso, seja como uma demonstração do poder público estatal. É que o espírito do movimento iluminista propugna o ideal de que as pessoas em geral acreditem no Direito

vigente e nos métodos do respectivo processo, embora haja, não se nega, uma filosofia punitiva de caráter utilitarista, com escopo intimidatório. Trata-se, porém, de uma intimidação advinda de um Direito racional pretensamente justo - que concebe os cidadãos como iguais - e processualmente adequado.

Para Brandão (2002, 11), o rompimento do Direito Penal com o período desumano dos suplícios se dá com a formulação do *princípio da legalidade*. Não é mais, como antes, uma intimidação aterradora e injusta, esmagadora de direitos, liberdades ou garantias. Tanto não é que o Direito Processual Penal não considerará legítimo³, na sua função complementar ou adjetiva, que durante o desenrolar do processo haja interferências na esfera de autonomia dos cidadãos, que se revelem cruéis ou desumanas. Na essência, a idéia é salvaguardar a dignidade do cidadão, daí a importância estratégica do processo penal na persecução de uma dada política estatal punitiva.

1.5 O pensamento filosófico de Kant e o imperativo categórico da Justiça Penal

Para Kant (1993, 181), a pena não tem qualquer finalidade exterior, antes encontra justificação num mal proporcional à maldade interior do agente que praticou um fato criminoso, consubstanciando-se, assim, como um fim em si mesmo. É que, consoante Roxin (1993, 16), para a teoria da retribuição, “o sentido da pena assenta em que a culpabilidade do autor seja compensada mediante a imposição de um mal penal, posto que pena não serve [...] para nada, contendo um fim em si mesma, mas tem de existir para que a justiça impere”.

Há, por conseguinte, em Kant (1993, 181), uma clara divergência com a perspectiva contratual-utilitarista dos iluministas. Aliás, numa das suas críticas a eles, afirma o filósofo alemão que o marquês de Beccaria, partindo de um sentimento de

³Nota-se que o sentido que Luhmann empresta ao termo “legitimidade”, transformando-o em “legitimação”, é peculiar. A legitimidade passa a ser vista como uma prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma “... ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde só que esta não é, de fato, realizada”. “Legítimo” passa a significar “de acordo com procedimentos jurídicos pré-fixados”, perdendo definitivamente qualquer conteúdo externo, transcendente, imanente ou que quer que seja. A legitimidade não é, mas processa-se. Por isso é “legitimação”. (ADEODATO, 2002, 74)

afetada sensibilidade, sustenta a tese da ilegalidade da pena de morte na medida em que esta não poderia ter sido prevista no contrato civil originário. Isto se dava porque, segundo Kant (1993, 181), na visão de Beccaria cada um deveria ter consentido em perder a vida, se viesse a matar outrem, e ninguém pode dispor da sua vida. Para Kant, diante do homicídio não há comutação apta a satisfazer a Justiça, por ausência de qualquer correspondência entre uma vida plena de trabalho e a morte, derivando daí que só a pena de morte pode equiparar-se ao homicídio, para efeito de justiça penal.

Se a sociedade civil chegasse a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução, a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição, porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça (KANT, 1993, 176).

Contrário a Beccaria acerca da pena de morte, Kant (1993, 181) sustenta que ninguém é punido por querer a própria pena, como ocorre no Contrato Social, mas por haver desejado a prática da ação criminosa, passível de punição, com a responsabilidade do delinqüente se fundando, então, na vontade de transgredir a norma. Já Beccaria (1998, 27) entendia que a pena de morte não poderia estar compreendida no contrato civil primitivo, no qual todos os membros da sociedade participam, inclusive o delinqüente.

Kant foi um dos maiores ideólogos da teoria retributivista da pena, em seu livro “Metafísica dos Costumes”, publicado em 1798, desenvolveu a fundamentação sobre as idéias de retribuição e de justiça como leis invioláveis e válidas, devendo prevalecer esse entendimento sobre toda e qualquer interpretação utilitarista da pena, defendida por Beccaria. Kant (1993, 176) diz que “a pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da

sociedade.” Vê-se, assim, que a pena em Kant possui um caráter de severidade extrema, própria da Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”).

1.6 Hegel e a pena como negação da negação do Direito

Para Hegel (1997, 16), a pena funciona como a negação da negação do Direito, ou seja, como “a reafirmação dialética do direito de obediência do Estado, violado pelo crime”. Na verdade, Hegel (1997, 87), em *Princípios da Filosofia do Direito*, um dos mais importantes textos filosófico-jurídicos existentes, chega a resultados muito parecidos com os de Kant, ao interpretar o delito como negação do Direito e a pena como a negação dessa negação, isto é, como “anulação do delito, que do contrário teria validade” e, com isso, como “restabelecimento do Direito”.

O penalista espanhol Mir Puig (1994, 47) explica que a negação da negação caracteriza o método dialético hegeliano, segundo o qual a vontade geral é a ordem jurídica, ou seja, a tese, e a negação dessa tese pelo delito é a antítese, e a negação da negação, a síntese. Por essa teoria, chamada *retribucionista*, a pena é concebida apenas como reação a um ato passado e não como instrumento de fins utilitários posteriores.

Para Hegel (1997, 88), a ameaça contida na pena constitui uma coação contrária à liberdade do homem, como ser racional, pelo que afasta ele, por isso, a idéia de justiça. Nada impede, contudo, que a pena exerça, secundariamente, o objetivo de prevenção geral, sem que isso influencie a finalidade primordial de atualização da Justiça e reafirmação do Direito. Assim, conforme Hegel (1997, 92), a modalidade da pena a ser imposta não é essencial, uma vez que a punição, independentemente de sua forma, cumpre a missão de restabelecer a Justiça, como expressão da vontade universal. A pena é, pois, resultante dessa vontade universal, extraída da experiência psicológica segundo a qual o sentimento geral dos povos e dos indivíduos é o de que o criminoso deve ser punido em razão do delito cometido.

A questão da qualidade e do *quantum* da reprimenda é posterior à problemática da substância da pena. Nessa determinação, nada impede que apareçam outros princípios de conveniência ou oportunidade que ultrapassem o do princípio geral da pena, já que esta encontra em si mesma sua justificativa. Na determinação da sua quantidade, além de critérios legislativos, há, por exemplo, grande margem de arbítrio judicial, por isso a questão não se limita à sua conceituação, uma vez que a sanção,

independentemente da qualidade ou quantidade, não deixa de ser o que realmente é, na sua essência.

Hegel (1997, 89), assim como Kant, manifestou-se partidário da pena de morte, contrariando a tese abolicionista de Beccaria, baseada no Contrato Social. Para ele, o Estado não resulta de um contrato e não tem, por essência, a finalidade de proteção e segurança de indivíduos isolados, mas a de cuidar de valores acima das pessoas, podendo, inclusive, reivindicar suas vidas. Por isso é que, por uma vontade de Justiça, o Estado, como realidade superior, diante de um crime cometido, pode sacrificar a vida do autor, dependendo da natureza do ato delituoso praticado.

1.7 A prevenção geral e o pensamento de Feuerbach

Para Feuerbach (1989, 60-61), a função do direito penal é dissuadir as pessoas em geral da prática do crime, assentado esse entendimento num ponto de vista psicológico. Com efeito, se o homem age em vista de resultados que lhe dão prazer, então o crime dá, também a ele, um determinado prazer, derivando disso que de sua prática resultará a satisfação de uma necessidade. Ora, a pena terá que atuar psicologicamente sobre os cidadãos, através de uma dada ameaça, de modo que a sua execução efetiva represente um sofrimento maior que o prazer proporcionado pela prática do respectivo crime, pois, se a pessoa é motivada por prazer, ao saber que o crime lhe trará sofrimento sentir-se-á desmotivada para a sua prática.⁴ A teoria de Feuerbach sobre a finalidade da pena é conhecida por *prevenção geral negativa*.

Há, desse modo, como diz Correia (1993, 47-48), uma coação psicológica, infligida pelo Direito, à generalidade dos cidadãos, não sendo pois de admirar que Hegel critique, asperamente, esta visão, por utilitarista. No entanto, apesar destas divergências (que dizem respeito à *justificação* ou às *finalidades* das penas) entre idealistas alemães (preconizadores das chamadas teorias *absolutas* ou de *retribuição*) e jusfilósofos iluministas (defensores de concepções *relativas* ou de *prevenção*), sempre é possível afirmar o ponto comum da *batalha humanitária do Iluminismo*.

⁴ “Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidade, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*” (FEUERBACH, 1989, 60).

Em Kant, por exemplo, o princípio da humanidade é, como se sabe, um dos pontos fulcrais da sua filosofia, daí a ligação do pensamento de Feuerbach à ética kantiana, levada a cabo por Jescheck (2002, 78). Para este, Feuerbach antes de ter um ponto de contato com a teoria utilitarista de Beccaria, tentou ter uma ponte com a ética de Kant, pois a ameaça penal deveria produzir a prevenção geral por meio da *coação psicológica*, enquanto que a imposição da pena somente deveria evidenciar sua seriedade. Trata-se, efetivamente, de uma vinculação perfeitamente normal, facilmente compreensível se se tiver em conta que o fundamento ou justificação da pena não se confunde com sua finalidade ou função.

Para Roxin (1997, 89-90), Feuerbach é considerado o grande precursor da prevenção geral do direito, na época moderna. Para ele, a doutrina da coação psicológica, ao querer prevenir o delito mediante as normas penais, constitui uma teoria da ameaça penal. Constituindo-se em uma teoria que proclama necessária a imposição e a execução da pena, posto que a eficácia de sua ameaça depende disto.

Roxin (1997, 91) apresenta aspectos positivos e negativos na teoria da *coação psicológica* de Feuerbach. O aspecto negativo seria que somente uma parte das pessoas com tendência à delinquência cometem um fato com tanto cálculo que lhes possam atingir uma coação e que nestas tampouco intimida a quantidade da pena a ser imposta. Destarte, conclui-se que não é aumento das penas que pode reduzir a criminalidade, mas sim a intensificação da investigação e da persecução penal podem ter êxito enquanto prevenção geral. O aspecto positivo da prevenção geral é o intuito de conservar e reforçar a confiança no ordenamento jurídico. A pena, assim, tem o objetivo de demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico diante de toda a comunidade e, em conseqüência, intensificar a confiança jurídica do povo. É também necessário reconhecer que a prevenção geral leva vantagem em relação à teoria da retribuição, porque naquela a sanção não se dirige unicamente à pessoa do delinquente, mas à comunidade em geral que tem conhecimento da existência de sanção penal para os fatos delituosos.

Feuerbach (1989, 63) afirma que da doutrina da *coação psicológica* surgem os seguintes princípios do Direito Penal: 1) Toda imposição de uma pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); 2) A imposição de uma pena está condicionada à prática de um fato delituoso previsto em lei (*nulla poena sine crimine*); 3) Um fato

legalmente definido como crime deve ter como consequência uma penal igualmente prevista em lei (*nullum crimen sine poena legali*).

1.8 O pensamento de Beccaria, a humanização da pena e a publicização do processo

A pena, no contexto do Iluminismo, perdia, igualmente, seu caráter religioso. Com efeito, o predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios. No ambiente das luzes, surgiu o famoso livro de César Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764, e considerado a antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a base das teorias da Escola Clássica de Direito Penal, fundadas no livre-arbítrio.

Reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral, Beccaria insurgiu-se, de forma abrangente, contra as injustiças do Absolutismo, no século XVIII. Em sua clássica obra, sustentou Beccaria (1983, 62) o abrandamento das penas, com o fundamento de que “é necessário escolher penas e modos de infligi-las que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens e a menos penosa no corpo do réu.”

Na visão do filósofo, era inconcebível uma sanção penal que impusesse ao transgressor um sofrimento cruel e desproporcional ao crime cometido e ultrapassasse o grau de necessidade de prevenção geral sendo que o castigo, nessa ótica, teria a finalidade de impedir o acusado de tornar-se prejudicial à sociedade e de afastar os cidadãos da prática criminosa. Por influência desse pensamento, o artigo 8º da Declaração de 1789 prescreveu que a legislação só deve estabelecer penas estritas e necessárias. Essa retribuição estrita passou a constituir um dos alicerces do Direito Penal contemporâneo, tanto que o Código Penal brasileiro, por exemplo, determina, no art. 59, seja a pena fixada segundo o critério de necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime.

A obra de Beccaria, baseada no Contrato Social de Rousseau, pregava, ainda, o princípio da legalidade e a exclusividade de o legislador estabelecer as sanções em matéria penal, o que foi igualmente observado na Declaração de Direitos de 1789, em seu artigo 8º. Diz Beccaria (1982, 120) que “só as leis podem fixar as penas de cada

delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um contrato social.”

Para Brandão (2002, 31), o sistema de Beccaria se baseia em três princípios basilares: a) a legalidade dos crimes e das penas; b) a separação de poderes; e c) a utilidade do castigo. A legalidade é o princípio que fundamenta todos os demais.

Bustos Ramirez (1994, 97) diz que Beccaria não é o pai da ciência do Direito penal atual, porém, não há dúvidas de que forneceu as bases para a construção de uma ciência penal orientada para o estabelecimento das garantias do sujeito. Sendo que a principal herança deixada pelo filósofo milanês foi o da legalidade das penas e sua aplicação apenas quando fosse necessária, tendo fincado os alicerces para o Direito penal de um Estado de Direito⁵.

Manifestava-se, também, Beccaria, contra a crueldade das penas, afirmando que, embora os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa e revoltante, em desacordo com a Justiça e a natureza mesma do Contrato Social. A respeito do tema, Freitas (2001, 74) afirma que a idéia de Beccaria era a de que “se o homem cedeu uma parcela de sua liberdade natural através de um pacto o fez para obter a segurança necessária à conservação da propriedade e de suas liberdades. Significa, com isso, que o Estado enquanto produto do contrato social só pode punir o indivíduo na medida necessária à sua auto defesa e, conseqüentemente, à preservação dos direitos individuais.”

Trata-se, esta, de uma visão jurídico-contratual utilitarista segundo a qual se perspectiva atingir, com a sanção penal, um efeito de prevenção geral. Nesse sentido, Beccaria, o mais influente penalista do Iluminismo, afirma, na célebre obra *Dos delitos e das penas*, que o primordial objetivo do direito punitivo é o de ser, acima de tudo,

⁵ “Ciertamente a BECCARIA no se puede considerar el padre de la ciencia penal actual; más aún, se puede considerar de mayor significación su incidencia en la política criminal y en la criminología. Pero no hay duda de que sienta las bases que servirán posteriormente para construir una ciencia penal guiada por la idea de establecer un sistema de garantías al sujeto, y que al mismo tiempo den el marco legitimante a la intervención represiva del Estado. En tal sentido la legalidad de las penas y su necesidad son principios hasta hoy vigentes y de gran fecundidad dentro de la sistemática del derecho penal. Más aún, su especial modo de entender la prevención solo ha sido reivindicado parcialmente en el último tiempo, y es un principio que todavía puede dar mucho de sí. En conclusión, BECCARIA pone las bases para el derecho penal de un Estado de derecho y de ahí su importancia.” (BUSTOS RAMIREZ, 1994, 97)

eficaz ao serviço do cidadão e de toda a sociedade civil, pois a sua existência visa, fundamentalmente, à segurança da comunidade.

Por último, contrário à tortura nos processos, Beccaria enfatizou ser esse meio também inútil, porquanto o inocente, para escapar dos sofrimentos, admitiria sua culpa, enquanto o responsável permaneceria isento de punição, caso os suportasse, concluindo, então, que a tortura é um meio de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte. É relevante lembrar que, na época da publicação de *Dos Delitos e da Penas*, a tortura, oriunda da Inquisição, era largamente utilizada nos processos criminais, sendo abolida apenas em finais do século XVIII. Hoje, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, ela é crime equiparado ao hediondo, previsto em legislação específica.

Um contemporâneo de Beccaria, Lardizábal y Uribe (1739-1821), no livro *Discurso sobre as Penas*, antecipando-se ao correccionalismo, sustentou que as sanções tinham carácter utilitário de emenda do delinqüente e de prevenção geral, por meio da intimidação, pois seria uma crueldade e tirania aplicá-las por vingança ou com o mero escopo de “atormentar” os homens. É que, segundo Marques (2000, 53), para ele a vingança só teria sentido se revestida de alguma utilidade, um vez que não é possível desfazer um delito já cometido nem as dores e tormentos mais atrozes impostos ao condenado se revelam capazes de revogar ações já consumadas. Por isso é que as leis, o mais possível livres de paixão, devem castigar sem ódio ou cólera, reforçando-se, nesse ponto, a postura de Beccaria, no sentido do afastamento dos suplícios. Além disso, na visão de Lardizábal y Uribe (1997, 46), a sanção penal não pode ser tão grave a ponto de ultrapassar a necessidade de correção do delinqüente ou a finalidade de prevenção geral pela intimidação.

Defendeu, ainda, Lardizábal y Uribe, o princípio da personalidade da pena, segundo o qual não pode ela ultrapassar a pessoa do delinqüente, por mais grave que seja o crime cometido. No Brasil, esse princípio de individualidade da pena só foi incorporado na Constituição de 1824 (art. 179, n. 20), que derogou as normas das Ordenações do Reino, as quais puniam descendentes por crimes cometidos pelos ancestrais. Ademais, foram também importantes as considerações de Lardizábal y Uribe acerca da culpabilidade, uma vez que, consoante seu entendimento, o agente só seria responsável pela prática de um crime se tivesse atuado com dolo ou culpa, em sentido

estrito, demonstrando, assim, o autor, preocupação com o elemento subjetivo da infração penal, numa época em que predominavam os aspectos objetivos do delito.

1.9 O cientificismo positivista e o estudo das causas da criminalidade

Houve durante todo o século XIX um movimento de um grupo seletivo de pensadores, entre os quais se destacaram Charles Darwin e Auguste Comte, cuja teoria influenciou todos os ramos do pensamento humano, inclusive o Direito Penal. Neste ramo do Direito, certamente o fundador do Positivismo foi Cesare Lombroso (1836-1909), com a publicação do livro *O Homem Delinqüente* (1876). Naquele livro ele elaborou a tese de que o criminoso é uma espécie do ser humano que fatalmente comete delitos, levado pelos seus caracteres antropológicos.

Diz Lombroso (apud Garofalo, 1997, 50) que no delinqüente reaparecem sentimentos religiosos e associações criminosas, atinentes aos selvagens primitivos, que não sofreu o processo de civilização. Destinado, assim, a cometer crimes, não consegue manter-se nos estritos limites de comportamento estabelecidos pelo ordenamento jurídico-penal, de modo que o delito surge, por via de consequência, como fenômeno natural ou “necessário”, fora do alcance da vontade do agente, a exemplo de eventos como concepção, nascimento, doenças mentais e morte.

O pensamento de Lombroso, contudo, não ficou imune a críticas severas. Muñoz Conde (2001, 171) diz que as consequências do positivismo entre os penalistas foram mais drásticas do que entre outros juristas. Principalmente, porque o delito era visto como expressão de uma personalidade ou de uma constituição anormal, portanto, deveria ser estudado pela psicologia e pela antropologia. Assim, o delito era um comportamento anti-social de um desequilibrado, o *delinqüente nato*.

Se no âmbito da antropologia destacou-se Lombroso, no campo da sociologia, a figura principal da Escola Positiva foi, sem dúvida, Enrico Ferri (1856-1929), destacando-se, entre seus livros, *A Sociologia Criminal e Princípios de Direito Criminal*. Também voltado ao estudo do homem delinqüente, Ferri (1996, 339) contesta o seu livre-arbítrio e os classifica em cinco categorias: natos, loucos, habituais, ocasionais e passionais. De acordo com esse magistério, para cada uma dessas categorias deve incidir uma espécie de reação (*pena*), direcionada segundo a forma individual de periculosidade. Propõe ainda Ferri a substituição da responsabilidade

moral pela social, decorrente da vida do homem em sociedade, na qual a reação punitiva fundamenta-se nas medidas preventivas de defesa social.

Bustos Ramirez (1994, 125) diz que Ferri conseguiu a direção antropológico-biológica de Lombroso com uma concepção sociológica do delinqüente, de acordo com as solicitações sistemáticas que defendiam o pensamento penal tradicional.

Assim, no entendimento de Ferri (1996, 339), os objetivos preventivos da aplicação da pena superam os repressivos e a pena individualmente aplicada tem duas finalidades – “o tornar inócuo o delinqüente incorrigível e incurável ou reeducar para a vida social o delinqüente emendável e curável -”. Defende ele, portanto, que para a execução da sentença possuir maior eficácia defensiva e de utilidade social deve-se substituir a *pena-castigo* dos clássicos pela *pena-defesa* e a *pena-educação*.

1.10 Von Listz e o pensamento positivista voltado para a explicação do fenômeno do crime

Franz von Listz é um dogmático moderno do Direito penal. Para ele (1989, 80) “o Código Penal é a Magna Carta do delinqüente”. Jescheck (2002, 217) diz que a base do sistema apresentado por v. Listz foi o conceito de ação que era concebido de modo completamente naturalístico, conceituada como um movimento corporal que modifica o mundo exterior. Para v. Listz há uma distinção entre os aspectos objetivos e subjetivos do delito. Os aspectos objetivos são a tipicidade e a antijuridicidade, enquanto o aspecto subjetivo é culpabilidade. A tipicidade, segundo o autor, é entendida como uma descrição puramente externa sem qualquer análise valorativa. A valoração jurídica do evento é feita no domínio da antijuridicidade, a qual possui o caráter indiciário da tipicidade.

Ao final do século XIX, o alemão v. Listz, um dos fundadores da União Internacional de Direito Penal (1899), sem afastar-se efetivamente da corrente positiva, principalmente no que se refere à defesa da pena indeterminada, apresenta uma nova concepção de Direito Penal, que procura conciliar, de modo eclético, alguns princípios das Escolas Clássica e Positiva. Sustenta, inicialmente, o poder intimidativo das penas previstas abstratamente, destinadas à garantia dos preceitos proibidos pela ordem jurídica. Para v. Listz (1989, 98-99),

ao cidadão de intenções retas, ela [a pena] mostra, sob forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos, [tanto que] aos homens dotados de sentimentos menos apurados ela põe em perspectiva, como conseqüência do ato injurídico, um mal cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas.

O poder intimidativo das sanções penais, como idéia, tem servido, até hoje, de suporte a penas cada vez maiores, sendo que, em alguns países, ainda perdura a pena de morte e em outros, onde ela não é aplicada, sempre há os que a defendem apresentando propostas no legislativo. Porém, como defende Mir Puig (1998, 56) a prevenção especial não pode, por si só, justificar o recurso à pena, pois, em alguns casos a pena não será necessária, em outros não será possível e em outras ocasiões não será lícita.

1.11 Considerações finais parciais

Os filósofos do Direito Natural entendem que o poder público só tem legitimidade para interferir juridicamente nas relações entre os cidadãos — inclusive punido-os, quando for o caso — por efeito de um Contrato Social que, num dado momento, seria celebrado entre os cidadãos e o Estado. Parte-se, nesta perspectiva, da concepção de uma liberdade natural e originária, inerente aos homens, tendo o Estado legitimidade apenas para punir a partir do instante em que a sociedade civil lhe aliena parte da sua liberdade, em troca de uma segurança que melhor lhe permita usufruir o remanescente da liberdade cedida.

Resulta, assim, que o Estado só pode sancionar na medida da necessária segurança dos cidadãos, carecendo de legitimidade para ir mais além, ficando, deste modo, superada a teoria, de inspiração divina, dos fins das penas, essencialmente retribucionista, no mesmo passo que se diverge, através de uma visão utilitarista, da filosofia punitiva, com caráter igualmente retribucionista, propugnada por Kant e Hegel. O Direito Penal não terá a pretensão de se constituir um fim em si mesmo, antes se assumindo como um meio, que se pretende apto à redução da criminalidade. Ao invés de um imperativo categórico de Justiça, deverá o Direito Penal funcionar como um

comando hipotético da Razão, cuja finalidade é, tão-só, oferecer segurança à sociedade civil. É que não interessa, com efeito, à comunidade terrena castigar alguém pela prática de um fato passado, mas perseguir objetivos futuros, úteis à sua sobrevivência, de tal modo que, para o conseguir, há que evitar, pela prevenção, que as pessoas cometam crimes.

Destarte, com a finalidade, e por efeito do Contrato Social, afirma-se, no Iluminismo, a limitação jurídica do poder de punir, restrita ao necessário alcance das finalidades enunciadas. Uma tal preocupação, tipicamente liberal, de delimitar a ingerência estatal na esfera privada individual, acabará por resultar, ao menos reflexamente, no princípio, hoje inquestionável, da humanização das penas. É que tal delimitação não concede ao Estado a faculdade de, legitimamente, atentar contra os componentes basilares da dignidade humana, ficando, nesse contexto, o Direito Penal com a prerrogativa de punir, mas não de castigar alguém por um fato que praticou no passado, uma vez que deve haver na retribuição uma proporcionalidade com a gravidade do crime praticado e, por outro lado, deve-se *prevenir*, na sociedade, a prática de futuros crimes.

CAPÍTULO 2

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PUNIR

2.1 A origem do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade se originou no Direito Penal e, só recentemente, atingiu clara expressão nos quadros peculiares do Direito Constitucional. Este, conforme Guerra Filho (2000, 75-76), é hodiernamente entendido como uma limitação do poder estatal em favor da garantia de integridade física e moral dos seus destinatários, embora, no seu início, tenha sido concebido como produto do moderno Estado de Direito, baseado em uma Constituição escrita, na qual estariam asseguradas as prerrogativas fundamentais do homem.

Um precedente histórico das Constituições escritas atuais, comumente apontado, é a Magna Carta de 1215, na qual foi estabelecido que “o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”. Tal dispositivo é, também, o antecedente do Bill of Rights, de 1689.

2.2 A aplicação no Direito Administrativo

No Direito português, segundo Albuquerque (1993, 34), a problemática da proporcionalidade da lei em face da dicotomia lei-privilégio ganhou fundas raízes pela leitura das autoridades do direito comum, passadas então em revista, sem embargo dos textos de referência. A Sumística, por exemplo, ensina que a lei só é justa quanto à forma se impõe os encargos aos súditos em ordem ao bem-comum, conforme a igualdade de proporção. Diz ainda o citado autor que esta influência de Santo Tomás, na *Summa Caetana*, consigna: “*Lex injusta mortale peccatum est, nec meretur lex, vel statutum appellari, sed corruptio legis [...] ut cum mandatur fieri malum aliquod praecipue mortale, ut adorare idolum, et huiusmodi, vel ex forma ut quando est contra justitiam distributivam, aggravans in aequaliter súbditos [...]*”

Foi na França que se desenvolveu, em primeiro lugar, o princípio da proporcionalidade, como decorrência do princípio da legalidade. Reporta, nesse sentido,

Barros (1996), que o artigo 3º da Constituição Francesa de 1791 dispunha que “não há na França autoridade superior à lei e o rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência.” O controle da legalidade dos atos administrativos se passou a fazer, então, por meio do Conseil D’État, que exercia um juízo de adequação e proporcionalidade das medidas administrativas restritivas.

Canotilho (1993, 382), traz excelente referência a esse tema, ao tratar sobre a proporcionalidade como um princípio de proibição de excesso. Com efeito, cita ele que *übermassverbot* foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cf. arts. 18.º/2, 19.º/4, 265.º e 266.º/2), “embora tomassem registro que discutido é o seu fundamento constitucional, pois, enquanto alguns autores pretendem derivá-lo do princípio do Estado de Direito, outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os direitos fundamentais (cf. Ac TC 364/91, DR, 1, de 23/8 - Caso das inelegibilidades locais)”.

2.3 Aplicação no Direito Constitucional

Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi alçado do Direito Administrativo para o Constitucional, graças ao trabalho do Tribunal Constitucional (Bundesverfassungsgericht), apesar de a Constituição de Weimar, de 1919, que representava um documento moderno, ter sido corrompida pelo nacional-socialismo de Hitler. Com a Lei Fundamental, de 23 de maio de 1949, dá-se, com força e vigor, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade.

No Direito Constitucional alemão, segundo Mendes (1990, 43), outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*ferhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*übermassverbot*) a qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, então, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade na América foi desenvolvido mais de meio século antes que na Alemanha, correspondendo ao princípio da razoabilidade, com a consagração, em texto positivo, ocorrendo através das Emendas 5ª e 14ª à Constituição Americana. O princípio do devido processo legal, consoante Barroso

(2000, 210-211), é marcado, nos Estados Unidos, por duas grandes fases: a primeira, em que se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou o fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional.

2.4 Aplicação no Direito Penal

É sabido que o Direito Penal não pode servir para a solução de todos os conflitos existentes na sociedade, devendo a intervenção penal se dar apenas e tão-somente em casos de lesões graves a bens jurídicos, não solucionáveis por outros ramos do Direito. Essa limitação do Direito Penal se extrai do princípio da proporcionalidade, uma vez que, de fato, as mais duras de todas as intromissões estatais na liberdade do cidadão ocorrem via Direito Penal.

Estar-se-ia, então, violando a proibição de excesso se o Estado lançasse mão da espada afiada do Direito Penal quando as medidas de política social protegerem, igualmente ou até com mais eficácia, um certo bem jurídico. Roxin (1997, 65-66) cita, por exemplo, que as infrações contratuais habituais podem ser bem compensadas por meio da ação civil e das medidas de execução forçada, sendo inadequado ao Estado intervir, nesses casos, por via do Direito Penal.

Sobre a proporcionalidade no Direito Penal discorrer-se-á abaixo, com maior acuidade, a partir da sua aplicação no Direito de punir da Idade Média até os dias atuais.

2.5 Proporcionalidade no direito de punir, na Idade Média

Do direito de punir, da Idade Média até o início da Moderna, cuidou a Igreja, os Senhores Feudais e os Governos Absolutos ou Monárquicos, num período em que o Direito Penal era exageradamente cruel, desumano e desproporcional. Nos idos de 476, logo no início do Medievo, o Ocidente, com a queda do Império Romano, passou a sofrer forte influência do Direito Germânico, tanto que o Direito Penal principiou a se basear nas chamadas “ordálias”. Estas tinham práticas marcadas pelas superstições e a crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que para provar sua

inocência deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente, poucos escapando, nesse passo, da punição.

A Igreja, é certo, tentou a humanização das penas por meio da Doutrina Cristã, mas as práticas supersticiosas perduraram por séculos. No dizer de Marques (2000, 29), a reconstrução dos valores humanos, pregada pelo cristianismo, influenciou diretamente as práticas penais, com o homem sendo visto como imagem e semelhança de um Deus único, antípoda do politeísmo. Na verdade, para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas, eram derivadas de Deus, de modo que o direito de punir, por consequência, não fugiu à regra geral dessa espécie de delegação divina.

A pena, na Idade Média, por crime ou por pecado, consubstanciava-se na vingança pública, exercida como uma espécie de represália à violação da ordem divina, e tinha como finalidade a penitência, uma forma de salvação da alma para a vida eterna. Ora, quando a Igreja uniu-se ao poder civil, passou a ter influência decisiva nas questões estatais, de sorte que, entre os séculos VIII e XV, o cristianismo se estabeleceu em toda a Europa ocidental e o Direito Canônico foi praticamente o único direito escrito durante quase todo o medievalismo.

A aproximação da Igreja com o poder secular gerou, com efeito, um dos períodos de maior terror já vividos pela humanidade, que foi a Inquisição. Conforme relata Gonzaga (1993, 98), através da Inquisição unem-se mais fortemente os dois poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na idéia das ‘duas espadas’: a da Igreja e a do Rei, delegadas, ambas, por Deus, para o exercício da autoridade nas duas esferas, a espiritual e a temporal, com supremacia da primeira. Tanto a Justiça comum como a Canônica deviam, assim, trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas.

2.5.1 A proporcionalidade segundo Santo Agostinho

Na chamada Alta Idade Média, como de resto em todo esse período, o direito de punir sofreu grande influência da filosofia cristã, cuja primeira fase foi marcada pelo pensamento de Santo Agostinho (354-430). Em *A Cidade de Deus*, pregava Santo Agostinho (1990, 426) a retribuição divina, segundo a qual a justiça feita na Terra não significa nada mais que uma parcela mínima da Justiça Absoluta,

mencionando o retorno de Cristo, no dia do Juízo Final, quando “aparecerá, então, a autêntica felicidade dos bons e a irrevogável e merecida infelicidade dos maus”.

Para Santo Agostinho, cujo pensamento predominou na época medieval, a punição terrena significava uma espécie de penitência, que conduzia o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao Juízo Final. No seu entendimento, existem três tipos de penalidades: a condenação, a purgação e a correção. A condenação atingia todo o gênero humano, a partir do pecado original, porque o primeiro culpado foi castigado junto com a posteridade inteira, que nele estava latente. A segunda seria temporária, nesta vida ou na outra, após a morte. Já a última, a pena corretiva, teria como objetivo a emenda do transgressor.

A retribuição penal, a seu ver, deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator, baseada, tal proposição, não no tempo de duração do crime, mas na sua intensidade. Nesse sentido, Santo Agostinho (1990, 502) sublinha que “a medida de que aí se fala não implica de nenhum modo a igualdade de duração entre o crime e o suplício, mas o legítimo rigor das represálias, pois, em outros termos, é preciso que o mal da ação seja expiado pelo mal da pena”. O ideário de Santo Agostinho baseia-se, pois, na idéia de proporcionalidade entre o crime e a intensidade do castigo.

A pena possui, em Santo Agostinho, um caráter medicinal. Não procura uma finalidade em si mesma, mas a salvação futura do criminoso, sendo, assim, um ato de compaixão e caridade. Ademais, também defende o filósofo que a pena influenciará positivamente o meio social, fortalecendo a fé dos demais cristãos, o que revela o sentido de prevenção geral e especial do sistema penal por ele preconizado, numa filosofia que serviu de base para as ações da Inquisição.

2.5.2 A proporcionalidade segundo Santo Tomás de Aquino

A segunda fase da filosofia cristã da Idade Média foi marcada pela obra de Santo Tomás de Aquino, que considerava que Deus investiu a Autoridade Civil do direito de castigar e, por isso, o exercício de tal direito devia ajustar-se, o máximo possível, à Justiça divina, disto decorrendo a chamada *teoria da delegação divina*, utilizada, posteriormente, no Absolutismo. A pena, para Santo Tomás, nada mais era que a justa retribuição, segundo o exemplo divino, para a promoção do fim moral, um

pensamento que se identifica com a visão medieval, segundo a qual é perante Deus que o soberano se responsabiliza pela realização da Justiça.

Santo Tomás defendia uma justiça penal retributiva e comutativa, conceito muito difundido na Idade Média. De acordo com esse princípio, deveria haver uma proporção entre a infração e a pena imposta, não se devendo esquecer, contudo, o atributo, à pena, do caráter intimidativo. Com efeito, a lei, para ser obedecida, deve inculcar temor, pela ameaça de um mal, fazendo com que os homens permaneçam distantes das infrações e se tornem melhores.

De acordo com Santo Tomás (1997, 59), “o fato de alguém começar a acostumar-se a evitar o mal e praticar o bem por medo da pena é por vezes levado a fazê-lo com deleite e por vontade própria. Eis como a lei, mesmo punindo, conduz os homens a serem bons”. Pregava ele, assim, uma disciplina, a ser seguida pelos homens para a vida em sociedade, voltada para o bem, a qual se impunha pelo temor do castigo, à força do poder coercitivo do Estado.

Na *Summa Teológica*, chega Santo Tomás (1980, 2540) a defender a pena de morte para aquele que se tornasse perigoso para a comunidade, assinalando ser “louvável e salutar a amputação de um membro gangrenado, causa da corrupção de outros membros.” É que, para ele, cada indivíduo está para a comunidade como a parte para o todo, sendo recomendável, para a conservação do bem comum, “pôr à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa de perdição para ela”. Todavia, na mesma *Summa*, enfatizava o filósofo que “a justiça humana se conforma com a justiça divina” e citava a Escritura, que dizia “eu não quero a morte do ímpio, mas que se converta e viva”.

Tanto Santo Agostinho quanto Santo Tomás sublinham, como se vê, a necessidade do castigo, gerada pelo sentimento de revolta contra todo aquele que se insurgisse contra os preceitos religiosos. Como o homem medieval era guiado quase exclusivamente pela fé cristã, seu maior inimigo era então o herege, sobre o qual recaía a vingança, coordenada pelo poder central.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que àquela época o crime e o pecado andavam juntos, eram punidos pela mesma lei. Em razão de na Idade Média predominar a fé como guia dos homens, o que predominava era o castigo, aplicado principalmente aos hereges, verdadeiros inimigos do homem medieval.

2.6 A proporcionalidade no direito de punir, na Idade Moderna

Na Idade Moderna, houve, entre os séculos XV e XVIII, uma série de transformações na estrutura da sociedade europeia ocidental, devido, principalmente, à transição do feudalismo para o capitalismo. No campo político, deu-se a formação dos Estados Nacionais, sendo os feudos substituídos pelas monarquias absolutas, de direito divino, cujo apogeu ocorreu sob o reinado de Luis XIV.

As célebres frases de Luis XIV, “*L’Etat c’est moi*” e “*Le Juge c’est moi*”, caracterizavam bem a época. Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade o restabelecimento da Justiça, mas a reafirmação do poder do soberano. E a pena, sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico, nem qualquer objetivo de emenda do condenado, pois que sua aplicação tinha, nesse contexto, a função utilitária de intimidação da população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado.

2.7 A proporcionalidade no Direito Penal atual

Atualmente, discute-se na doutrina nacional e na alienígena quais os fins da pena. Para uns, a finalidade deve ser *preventiva especial*, no sentido de ressocializar o condenado e evitar a reincidência, pelo cometimento de novos crimes, sendo Von Listz o principal idealizador dessa teoria. Para outros, o fim da pena deve ser o de *prevenção geral negativa*, na direção de influenciar a comunidade mediante a ameaça de punição a crimes graves, sendo Feuerbach o principal formulador desta corrente (v. cap. 1.7). E, finalmente, há aqueles que defendem a *prevenção geral positiva*, como modelo de uma pena cuja função é garantir a confiança na norma. A teoria da prevenção geral positiva para efeito de caracterização da pena é entendida de formas diferentes por dois autores alemães: Jakobs e Roxin.

Jakobs (1997, 12-13) diz que a infração da norma não representa um conflito penalmente relevante em razão de suas conseqüências externas, já que o Direito Penal não pode reparar o dano causado pelo crime. Para ele, a pena não determina a reparação do dano, basta ver que muitas infrações se completam antes mesmo que se produza um dano exterior, como acontece com os delitos tentados. A função da pena é antes a confirmação da vigência da norma, valendo aqui vigência como significado de

reconhecimento. Segundo Andrade (1991, 115), “a pena há-de, nesta medida, prosseguir um exercício de confiança na norma.”

Jakobs (1997, 13) procura construir um novo sistema dogmático jurídico-penal a partir da teoria sociológica de Luhmann (1980, 37) que diz

No desenvolvimento das mais modernas teorias sociológicas, às quais se deve também ligar a sociologia do direito, conceito como os de ação, situação ou relação parecem estar assimilados ao conceito de sistema social e desta forma integrados na teoria (2). O procedimento também pode ser compreendido como um sistema social de ação, de tipo especial.

Jakobs (1997, 13) encara o Direito Penal como um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas, pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas. Observa-se, assim, que em Jakobs (1997, 46) há uma mudança no sentido da proteção do Direito Penal, o qual deixa de se centrar no bem jurídico para dar lugar ao estabelecimento da norma. Explica ele que o que causa a lesão de um bem jurídico não é provocação de uma morte, mas a oposição à norma correspondente ao tipo penal de homicídio. Conforme o autor, o bem jurídico nos delitos contra o patrimônio não é a coisa alheia ou a relação do proprietário com a coisa, mas a validade do conteúdo da norma que protege o patrimônio.

Tem, portanto, a pena, nessa concepção, uma função educativa, a de formar a consciência ética e valorativa da sociedade, por isso que a prevenção positiva dirige-se a todos os cidadãos e não apenas aos delinquentes potenciais. Tal finalidade, contudo, não afasta, segundo a lição de Jakobs (1997, 26), o efeito secundário da pena perante terceiros, pelo medo de sua imposição ante uma transgressão. Em outras palavras, não se elidem os efeitos da chamada *prevenção geral negativa*, que atua pela intimidação.

Nesse sentido, o meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral, para Zaffaroni e Pierangeli (1999, 104), é o exemplo, pois, seguindo essa via, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. É que, quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo diferenciado da repressão exemplar à vingança é muito sutil e difícil de identificar. É a crítica de que a proposição de Jakobs não possui limites liberais materiais à intervenção penal.

A fim de minimizar os efeitos de uma teoria normativista levada às últimas conseqüências, surgiu a *teoria da prevenção geral positiva limitadora*, com o objetivo de restringir a intervenção penal do Estado, sem afastar os efeitos, já referidos, da prevenção fundamentadora. Com efeito, para Roxin (1997, 99), um elemento decisivo da teoria retribucionista deve integrar a teoria da prevenção que é o princípio da culpabilidade como meio de limitação da pena. O interesse de o Estado aplicar a pena tem como contraponto o direito à liberdade do acusado, o qual deve se submeter às exigências estatais, mas nunca ao seu arbítrio, ampliando sua função preventiva no âmbito penal além dos limites da reprovabilidade da conduta do infrator, sob pena de ofender a dignidade humana. De fato, o indivíduo não pode servir de meio para a prevenção geral, dirigida a terceiros, respondendo além de sua culpabilidade.

Ademais, no entender de Roxin (1997, 91-92), a pena deve almejar fins socialmente construtivos, com utilização de medidas que propiciem o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Por isso, na realidade, o direito penal, na visão do autor, só pode fortalecer a consciência jurídica no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo preservar a individualidade de quem está sujeito a ela. Assim, a prevenção geral positiva encontra limites na culpa e na eficácia da prevenção especial socializadora. Roxin (1997, 103) defende uma teoria mista ou unificadora, explicando que a pena serve para os fins de prevenção especial e geral.

Isso se dá porque, segundo Hassemer (1998, 19), o Direito Penal dispõe das sanções mais severas, como conseqüência de um procedimento, frente às lesões normativas: privação da liberdade, desapossamento patrimonial na forma de penas de multa, proibição de dirigir veículos, inabilitação para o exercício de cargos públicos, suspensão dos direitos políticos, entre outros. Sendo o uso destes instrumentos tão perigoso que uma sociedade civilizada deve assegurar meios a fim de serem utilizados de forma cuidadosa, igualitária e proporcional.

Na mesma posição, Sánchez (1992, 37) diz que deve haver uma conciliação entre os princípios preventivos da pena e os de proporcionalidade, humanidade e ressocialização. Sustenta ele, em síntese, que tais princípios estão entranhados na consciência do povo, motivo pelo qual o legislador não pode deles se abster, sob o pretexto de alcançar a eficácia preventiva e orientadora das sanções.

Na lição de Mir Puig (1998, 99-100), não é só preciso que se possa culpar o autor do fato, mas também que a gravidade da pena resulte *proporcionada* a do fato

cometido Assim, o princípio de culpabilidade não basta para assegurar a necessária proporcionalidade entre o delito e a pena. É que, para Mir Puig, duas exigências devem nortear a aplicação da proporcionalidade da pena. A primeira a necessidade de que a pena seja proporcional ao delito. A segunda, de que a medida da culpabilidade se estabeleça com base na importância social do fato.

Defende, ainda, Mir Puig, o princípio da ressocialização, segundo o qual a exigência democrática de que seja possível a participação de todos os cidadãos na vida social exige que o Direito Penal evite a marginalização indevida do condenado a uma pena. Isto porque, em primeiro lugar, não se pode pretender ocultar, para o condenado, o caráter aflitivo e negativo da pena, embora, no seu entender, ela não seja imposta para o bem do delinqüente, mas para a necessidade de proteção social. Nessa ótica, a única justificativa da ressocialização é a ajuda voluntária do condenado, para a sua ulterior reinscrição social.

Por último, sustenta Mir Puig (1998, 100) que a intervenção penal só se justifica quando efetivamente necessária à proteção dos cidadãos. Na verdade, há, hoje, uma tendência à utilização do Direito Penal como instrumento meramente sancionador, de apoio às normas não penais (civil, administrativa, mercantil, etc), pois sanção tão grave como a pena requer o pressuposto de uma infração igualmente grave. Desse modo, somente as proibições e mandamentos fundamentais para a vida social merecem adotar o caráter de normas penais.

Como se observa, são importantes as bases da teoria da prevenção geral positiva limitadora, amparada no Direito Penal garantista, que restringe a intervenção penal tanto na necessidade de proteção aos bens jurídicos essenciais à vida coletiva, quanto nos princípios de humanidade, socialização e culpabilidade.

Não obstante a linha progressista dessa teoria, destina-se ela, todavia, unicamente a justificar a intervenção penal e a estabelecer os limites dessa intervenção, com influência mais sentida no âmbito legislativo, tanto na escolha dos bens jurídicos a serem protegidos penalmente, quanto na imposição de restrições ao arbítrio judicial. A pena mesma, em sua realidade ontológica, não sofre alteração, ainda que se levem em conta os limites fixados pelo Direito Penal garantista, propostos, pela prevenção geral positiva. Ao contrário, como comenta Sánchez (1992, 39),

la adopción de la prevención general como base de la construcción político-criminal nos devuelve a la realidad de la pena como 'mal', invitándonos a reflexionar sobre los términos de la necesidad de ese mal.

Mas a matéria não é tão pacífica assim, Hirsch (1998, 141) afirma que nas últimas décadas de setenta e oitenta tem aumentado o conservadorismo penal, em especial nos Estados Unidos. Os políticos tem incrementado suas campanhas sob o lema da “lei e ordem”, demonstrando pouco entusiasmo em relação ao princípio da proporcionalidade. Os opositores deste princípio dizem que a incapacitação dos delinquentes de alto risco estaria vetada pela proporcionalidade, assim também estariam vetadas as penas severas àqueles consumidores e pequenos vendedores de drogas.

Porém, relata o autor, na Europa, alguns países tem adotado o princípio da proporcionalidade na lei penal. Assim sucedeu na Finlândia ao estabelecer em seu código penal que a pena deveria estar em “justa proporção”. E na Suécia, onde ficou assentado que a pena deveria estar determinada, fundamentalmente, pelo “valor penal”.

No Brasil, o Código Penal faz expressa referência à proporcionalidade ao falar sobre o estado de necessidade⁶. Quando o art. 24, do Código Penal, estabelece que o sacrifício do bem protegido não seja razoável exigir-se, está claramente no âmbito da proporcionalidade. A falta desta, ou seja, sacrificar um bem de maior valor que aquele que se pretende proteger, descaracteriza a causa de justificação, podendo, no Direito brasileiro, ensejar apenas uma causa de diminuição da pena, conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

2.7.1 Proporcionalidade e culpabilidade

É, porém, pacífico que o princípio da proporcionalidade, norteador da sanção penal como uma relação justa entre o mal cometido e a punição, não pode substituir a culpabilidade na individualização da pena, dirigida a cada um dos condenados. Diante, portanto, da vinculação da pena ao princípio da culpabilidade, defende Roxin (1997, 102) que se eliminem as objeções da busca de fins preventivos e

⁶ “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1941)

se trate o acusado como “meio para o fim”, se isto lhe prejudica a dignidade como pessoa humana.

Em algumas ocasiões, têm-se tentado excluir da aplicação da pena o princípio da culpabilidade, substituindo-o pelo da proporcionalidade, sob a alegação de sua vinculação à teoria retributivista. Porém, conforme defende Roxin (1997, 103), esta não é a melhor solução para o problema, pois, segundo o Direito vigente, as medidas de segurança encontram limite no princípio da proporcionalidade, porque elas representam intervenções muito mais fortes na liberdade do acusado que as penas.

O princípio da proporcionalidade não deve, por isso, substituir, na aplicação da pena, a culpabilidade, uma vez que aquele significa apenas uma proibição de excesso na duração de uma determinada sanção aplicada preventivamente e não oferece, tanto quanto o princípio da culpabilidade, uma limitação coercitiva do Estado na liberdade individual dos acusados.

2.7.2 Proporcionalidade e subsidiariedade

A subsidiariedade do Direito Penal consiste na sua aplicação apenas quando não houver possibilidade de solução por meio de outras medidas protetoras da sociedade, de modo que somente se pode utilizá-lo, em uma sociedade moderna de Estado de Direito, se todas as outras alternativas falharem. É que o princípio da subsidiariedade, conforme Jakobs (1996, 61), constitui a variante penal do princípio constitucional da proporcionalidade, em virtude do qual não se permite a intervenção penal se a finalidade for alcançável mediante outras medidas, menos drásticas. Na verdade, o princípio da proporcionalidade vige ainda que os custos de uma medida alternativa afetem uma pessoa responsável pelo conflito a resolver, nos quais se inclui a possibilidade da renúncia ao contrato social.

O Direito Penal deve conter os impulsos que levam a tornar a pena a solução de todos os conflitos, com a criminalização de todas as condutas ilícitas. O instrumento para tanto é a subsidiariedade. Tal princípio origina um outro denominado de fragmentariedade, que sustenta a utilização do Direito Penal apenas como instrumento de tutela de bens jurídicos enquanto se demonstrem insuficientes os outros instrumentos de controle social, denominadamente, o Direito Civil, o Direito Administrativo, entre outros.

2.8 Considerações finais parciais

Mais uma vez, demonstra-se impossível dizer que todas as restrições aos direitos à vida, liberdade e propriedade são feitas, rigorosamente, com base na lei. É tolerado, infelizmente, que muitas pessoas sejam condenadas com apoio em provas que não contam com disciplina legal, citando-se aqui, como exemplo, as gravações telefônicas clandestinas, que violam, flagrantemente, o disposto no art. 5º, XII, parte final, da Constituição Federal.

Fica claro, evidentemente, que o Direito Penal não deve afastar-se do princípio da proporcionalidade, como um limitador, este, da atividade estatal, no âmbito da estipulação da pena. Ademais, não deve o Direito Penal perseguir seus fins baseado nos mecanismos inconscientes da opinião pública, já que não é de bom alvitre ser ele instrumento da vingança da multidão anônima, alimentando, assim, o irracionalismo retaliativo, no afã de atingir o controle social.

A restrição da liberdade deve constituir, nesse sentido e sempre, uma exceção, somente justificável em casos definidos de necessidade e em condições de proporcionalidade e adequabilidade. Por isso, deve o Juiz, ao aplicar a pena, individualizá-la, a fim de atender a Justiça, pois que a pena, para considerar-se justa, deve nela trazer, devidamente graduada, a culpabilidade e a necessidade de prevenção do crime.

CAPÍTULO 3

AS REPERCUSSÕES NA JUSTIÇA PENAL DA TEORIA DO CONSENSO

3.1 O Estado Democrático de Direito

No atual estágio de desenvolvimento do mundo ocidental, a fórmula do Estado de Direito é encarada numa perspectiva predominantemente democrática e social. O ciclo jurídico que lhe corresponde se iniciou na I Guerra Mundial (1914-1918) e ganhou, posteriormente, forte consistência no período que se seguiu à II Guerra (1939-1945). Não poderia, na verdade, ter acontecido de outra forma, uma vez que os detentores do poderio econômico não funcionam mais como a expressão do desejo da sociedade civil de uma nação, postulando pretensões que se resumiam na orientação geral de uma reduzida intervenção do poder público estatal na vida social.

Nos tempos hodiernos, as estruturas sociais se mostram complexas, diversificadas e o processo de democratização social ostenta um avanço significativo, alargando o público político em todos os estratos sociais. Todos pretendem, assim, ascender a um mínimo de bem estar-social, de modo que as duas grandes guerras do século XX, com as suas trágicas e devastadoras conseqüências, muito contribuíram para a conformação de um Estado interventor, a quem vai caber a difícil e complexa missão de interferir na vida social com uma função equilibradora que respeite os interesses gerais.

Segundo Rawls (2000, 7), essa função equilibradora do Estado visa aplicar os princípios de justiça social à estrutura básica da sociedade, no sentido de oportunizar os bens sociais primários, para a obtenção de um mínimo de igualdade e justiça social. Assim, o cidadão sente-se legitimado para exigir que o Estado se assuma como garantidor de uma luta contra as angústias e injustiças de um complicado destino. Nesta realidade, propugna-se a fórmula de um Estado de Direito material social e democrático, um Estado de Direito que se não compadece com a perspectiva de um mero Estado de Lei, positivamente concebido, mas sem conteúdo material. Antes procura, esse Estado, postular a satisfação dos anseios básicos dos cidadãos, assegurando aquilo que é considerado justo e impondo uma limitação material às possibilidades do querer estatal.

É, ainda, um Estado repartidor, que não só permite, mas também determina

uma intervenção corretiva do poder público na sociedade, garantindo ao cidadão, consoante Canotilho (1995, 541), prestações, de caráter social, econômico e cultural, no sentido da diminuição de desigualdades. Trata-se, ademais, de uma concepção de Estado democrático em que todos, e não apenas alguns, sejam o querer e a voz da Nação, de modo que a definição dos fins a perseguir, como tarefa na qual toda a comunidade tem o direito de participar, é-lhe um dado inalienável.

3.2 A teoria do consenso

Nesse diapasão, o Direito deve mostrar-se apto a reconhecer as regras que resultam do discurso intersubjetivo dos cidadãos, buscando fixar as diretrizes consensuais racionalmente obtidas.

Mas, ao contrário do que se imagina, nas sociedades atuais, com a inerente pluralização de formas de vida, cresce o risco de discordância. É que, como nota Habermas (1997, 45-47), se nas sociedades tradicionais, com baixos níveis de diferenciação, o consenso encontra o caminho facilitado por se alimentar o Direito da metassocial força legitimadora do sagrado, nas sociedades modernas, altamente diferenciadas, produz-se, do ponto de vista dos agentes, uma ruptura entre faticidade e validade. Isto, como explica Habermas, se dá porque os agentes se dividem, fundamentalmente, em dois grupos: os que, de forma utilitarista, isto é, orientados para o êxito, encaram as mais diversas questões como fatos que valoram à luz das suas preferências, e aqueles que se orientam para o entendimento, interpretando esses fatos à mercê de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas.

Defende-se, assim, que o principal meio de integração social é a linguagem cotidiana, no sentido de que aqueles que fazem parte de uma dada comunidade produzem ações comunicativas que serão submetidas à análise intersubjetiva de todos, ou, na expressão de Perelman (1993, 33), a uma análise do “auditório universal”. Deste modo, o discurso necessitará de uma argumentação racionalmente fundamentada, uma vez que persuadir o auditório da validade de suas teses é obter o consenso e, portanto, determinar, com legitimidade democrática, os valores a preservar e os objetivos a alcançar.

Neste quadro, o jurista terá de filtrar para o Direito esses valores e objetivos, sendo que, mais especificamente ao Direito Penal concerne que numa sociedade aberta

e pluralista as profundas divergências de opinião acerca das normas devem aceitar-se não só como uma questão inevitável, mas também como legítima expressão da livre discussão dos problemas sociais, pelo que a estigmatização de um comportamento como crime deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, num mínimo em geral, é possível as pessoas conformarem-se. É, aliás, importante realçar, segundo Habermas (1999, 133), que o consenso só será ético-socialmente valioso e, como tal, fundamento de pretensão de validade normativa, quando racionalmente motivado.

O pluralismo de que se parte deverá ser, na linha de Rawls, um pluralismo razoável, isto é, que não abranja doutrinas “irracionais ou não-razoáveis”. Rawls (1996, 150) diz, nesse sentido, que um dos elementos centrais acerca da sua idéia de *consenso de sobreposição* é precisamente o pluralismo razoável, que não consiste numa “infeliz condição da vida humana, como poder-se-ia dizer do pluralismo em si, ao permitir a proliferação de doutrinas que não são apenas irracionais, mas também insanas e agressivas”.

Isto significa que não basta, nem se aceita, que se possa extrair da realidade social um fato bruto e transpô-lo, sem mais, para a lei positiva. Seria, isto, correr o risco de consagrar consensos baseados em argumentações emotivas e irracionais ou norteadas por motivações particulares, o que se revelaria, ao ver de Habermas (1999, 133-134), um potencializador de indesejáveis injustiças.

Para Antón e Redondo (1996, 77), Habermas baseia sua teoria do Direito no *princípio de discurso*, segundo o qual podem ser consideradas válidas precisamente aquelas normas de conduta que todos os seus destinatários podem prestar seu assentimento como participantes de um discurso racional. A linguagem é uma característica do homem, sujeita às circunstâncias da condição humana moderna, portanto, aquela é um elemento essencial e ineludível de toda e qualquer norma.

O consenso desejado será então aquele a que alude Habermas, isto é, baseado num diálogo sem preconceitos, isento de dominação, e que apenas conta com argumentos racionalmente fundamentados, de forma a permitir a obtenção de um critério de verdade. Neste contexto, o esforço do legislador deverá direcionar-se para um objetivismo axiológico em que os valores da sociedade sejam determinados através de uma auscultação do que de racional é argumentado no discurso intersubjetivo dos seus vários componentes. É que de um tal objetivo de caráter perfeccionista, e como tal

inatingível na plenitude, sempre resultarão espaços de consenso na sociedade, cujos frutos ganham o estatuto de realidades praticamente inquestionáveis. No entanto, os altos níveis de discordância, inerentes às sociedades plurais e diversificadas, eliminarão, na perspectiva de Habermas (1997, 41), contextos do mundo e da vida que cuidam da proteção da retaguarda, através de uma ressonância que funciona como *consenso de fundo*.

3.3 As repercussões no processo penal

Esta realidade social, envolvida por considerações de teor jurídico-político, não pode deixar de repercutir no plano do Direito Processual Penal. Assim, a idéia de dignidade humana assume, inevitavelmente, uma relevância essencial, suscitando uma certa tensão dialética com alguns fins que pretendem, nomeadamente, a procura da verdade que possa realizar a justiça, no caso concreto. O processo penal, já se sabe, é um assunto da comunidade, e não é admirável que assim o seja, pois que é ele que funcionaliza e operativiza a prática do direito penal, de sorte que a salvaguarda e a proteção dos bens primários à sobrevivência comunitária só com o processo penal pode almejar eficácia, resultando, por conseguinte, o natural interesse geral na investigação e esclarecimento dos crimes e conseqüente punição dos autores.

Destarte, concebe-se uma estruturação de um modelo processual que não só concede mas também exige aos sujeitos processuais públicos um papel particularmente interventor, principalmente no que respeita à promoção de diligências reputadas como essenciais à persecução da verdade material. É que se está, de fato, perante um processo que, pela própria natureza, é apto a abarcar um conjunto de procedimentos que podem afetar, de forma grave, os direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, a ânsia de persecução e prova de fatos gravemente atentatórios de bens jurídico-penais incita o recurso a práticas que podem pôr em risco aqueles mesmos direitos.

Assim, se o próprio legislador processual penal, sob a bandeira da verdade material, restringe alguns desses direitos, outros, no entanto, apresentar-se-ão como inderrogáveis no seu conteúdo, sob pena de se afetar, de forma insuportável, o mais nodular núcleo da dignidade humana que, como já se viu, se assume como um dos alicerces da estrutura do Estado de Direito democrático.

Não obstante, alguns dos direitos fundamentais conformadores dessa

dignidade são, por vezes, restringidos, assim avultando a questão da obtenção de um ideal e equilibrado o ponto de otimização que faça a concordância prática entre a necessária investigação de fatos criminosos, que à comunidade interessa, e a salvaguarda daquela dignidade. Isto leva à dedução de que o Direito Processual Penal não pode deixar de se apresentar, inevitavelmente, como um assunto constitucional.

3.4 A constitucionalização, no Brasil, do processo penal

A importância do tema levou o constituinte de 1988 a incluir, na Carta da República Federativa do Brasil, uma série de normas dirigidas ao processo penal. Repare-se que os seus mandamentos se inserem em sede de direitos e garantias fundamentais (Capítulo I, Título II, CF) a cuja matéria, ensina Canotilho (1995, 523), se atribui “uma força vinculante e uma *densidade aplicativa* (‘aplicabilidade direta’) que apontam para um reforço de ‘mais valia’ normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, *inclusive* as referentes a outros direitos fundamentais”.

A dependência jurídico-positiva que o Direito Processual Penal apresenta em face da Constituição é, portanto, imediatamente operativa, pelo que caberá fazer, aqui, uma sua aproximação, com o único objetivo de constatar os vetores fundamentais caracterizadores do modelo estrutural de processo penal de um Estado Democrático de Direito, como se pretende o brasileiro. Com efeito, os preceitos constitucionais, com relevância processual, têm a natureza de princípios do próprio processo penal, já que são normas de garantia. É que, consoante Gomes e Grinover (1999, 22), no Brasil constitucional da atualidade, o contraditório, a ampla defesa, o juízo natural, a motivação e a publicidade constituem direitos públicos subjetivos das partes.

Assim, na Constituição processual penal há, de um ponto de vista estrutural, uma forte preocupação em consagrar um modelo basicamente acusatório, não resultando isto tão só do imperativo previsto nos itens LIV e LV do artigo 5º, mas também de outros comandos, cuja observância somente será realizável naquele modelo. No entanto, a Constituição não consagra uma estrutura acusatória em que, ao jeito anglo-saxônico, os sujeitos processuais sejam verdadeiras partes que visam dirimir um litígio, como se de um interesse público se não tratasse.

Ora, é exatamente porque não estão em jogo, no processo penal, apenas interesses privados de sujeitos individuais, que se consagra uma fase marcadamente

investigatória, o inquérito, que visa apurar a existência, ou não, de indícios suficientes da prática de um crime, de forma a decidir da submissão do processo a julgamento. Uma tal concepção processual acarreta, a princípio, uma inevitável posição de inferioridade do acusado como alvo de investigações de todo um sistema organizado, a serviço do Estado, daí que se desprende, à luz da dignidade humana, o sentido global do artigo 5º, item LV, da CF, que proclama o asseguramento a ele de todas as garantias de defesa.

É nítida, no legislador constitucional, a preocupação de garantir ao acusado a possibilidade de defesa a cada *golpe* infligido pela máquina do sistema punitivo, sendo perfeitamente justificável que assim o seja. É que, se há que respeitar a dignidade e os inerentes direitos fundamentais da pessoa humana, então, quando sobre eles recaem indícios suficientes da prática de um crime, devem-se armá-los de garantias e direitos processuais que lhe possibilitem uma defesa plena.

Assim se molda a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, na verdade uma estrutura de compromisso, que visa ao equilíbrio entre a justiça do caso concreto e a dignidade do acusado. É que, mesmo que se entenda o modelo acusatório puro como o que melhor assegura os direitos do acusado, não se pode esquecer que no processo penal estão em jogo os interesses de toda a comunidade. Com efeito, um Estado de Direito material democrático não absolutiza a tutela dos interesses das pessoas individualmente consideradas, porquanto há de ter em conta a proteção das instituições estatais, os seus valores fundamentais, a sua sociabilidade e uma eficaz Justiça Penal.

3.5 A dignidade da pessoa humana e a teoria do consenso

Enaltece-se aqui o conceito de dignidade da pessoa humana que, nos dias de hoje, é um dado qualificável como axiomático. Efetivamente, poucos contestarão, com pretensão de validade, a intangibilidade do *princípio da humanidade*, pelo qual devem os homens respeitar os homens.

Era já isto basilar na filosofia de Kant (1960, 68), revelado na segunda formulação do imperativo categórico e com uma evidente relevância atual: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”. Assim, no

plano jurídico-normativo, a dignidade humana aparece como núcleo gravitacional da estrutura do Estado de Direito materialmente democrático e social e diretamente a ela relacionada encontram-se os direitos fundamentais das pessoas. São estes, aliás, que dão conteúdo ao conceito de dignidade humana, ao ponto de o conformar, tanto que, em corroboração a isto, afirmam Canotilho e Moreira (1993, 58) que a dignidade humana está «organicamente» ligada “à garantia constitucional dos direitos fundamentais”, na medida em que os fundamentos e lhes confere unidade. Trata-se, portanto, de realidades normativas profundamente vinculadas e resultantes de um consenso daqueles (ou de todos) que, usando a linguagem como meio de integração social, participam do discurso da comunidade.

O respeito à dignidade da pessoa é previsto em vários sistemas normativos espalhados pelo mundo. No Brasil, é expressamente previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Para Brandão (2002, 40)

O conceito de dignidade da pessoa humana expressa a idéia de que a pessoa humana deve ser respeitada enquanto tal, independente de ser ou não cidadão, de ter ou não direitos políticos ou de qualquer ordem.

Nesse sentido, perante uma filosofia processual que se não compadece com um processo penal de partes, à maneira de um modelo acusatório puro, por virtude de inerentes e indesejáveis perigos na persecução de um interesse que se reputa público — este encontra os seus limites, já se sabe, no inderrogável núcleo da dignidade humana do acusado —, torna-se particularmente difícil, segundo Tourinho Filho, até por uma questão de falta de legitimidade para a disponibilidade do objeto e da ação processual penal⁷, admitir soluções baseadas em ideais de diálogo, consenso e tolerância, tão caros ao Estado de Direito democrático e social e que se poderiam mostrar extremamente úteis nestes tempos de crescente criminalidade massificada.

No entanto, tal não deverá significar que um processo penal misto, de índole basicamente acusatória, recuse, em absoluto, margens de consenso, em determinados espaços processuais, de modo que traçar um tal caminho seria redutor da dimensão

⁷ Quanto à indisponibilidade do objeto em processo penal ver, por exemplo, TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 1992, 45.

humana dos sujeitos processuais e um passo na direção de concepções que encaram o processo como força que julga e se autolegitima de uma forma totalmente insensível à concordância do seu destinatário, antes impondo a sua aceitação fática. E se uma tal perspectiva é defendida por algumas concepções atuais, que conferem particular relevo à eficácia dos sistemas, ela acaba por ser de difícil compatibilidade com a dignidade humana como um fim em si mesma. Neste passo, é relevante referenciar a concepção de Luhmann (1980, 17) — e a sua teoria da *legitimação através do processo* (*legitimation durch Verfahren*) — que encara o processo como sistema de ação que tem por função tornar as decisões (judiciais) aceitáveis pelos seus destinatários.

Refutar um processo penal fechado à possibilidade de margens de consenso não significa, por outro lado, aceitar um que seja estruturado em termos de consensualidade absoluta, cujas decisões sejam comunicativamente obtidas e isentas de qualquer conteúdo de frustração. Seria, isto, fazer do processo penal uma realidade de linguagem intercomunicativa, sem coerção ou domínio, o que parece profundamente utópico, ainda mais num processo, como o penal, que se assume como preordenado à aplicação de uma pena, cuja efetivação não depende da aceitação do condenado. É que um processo penal que se queira válido, eficaz e ajustado à realidade acarreta consigo a necessidade de uma certa coercibilidade, que possibilite a salvaguarda do interesse público e a justiça do caso concreto.

O processo penal só se movimenta convenientemente em caso de dissenso fático no plano social, porque a suspeita de um crime é a dúvida de uma situação de grave ruptura no tecido social. A pena tenta repor a normalidade e, conforme Dias (1988, 220), para tal não pode estar dependente do consenso do agente, “uma vez que é uma verdade que o processo penal não pode prescindir da aplicação de sanções contra ou sem o consenso do acusado”. O modelo de um diálogo, com todos isento de coerção, à maneira de Habermas, não pode prevalecer no espírito do legislador processual penal, no que o próprio Habermas acabou por se aproximar de Alexy (2001, 94) quando defende, este, que existem fenômenos não qualificáveis como puras ações estratégicas, nem como discursos propriamente ditos. É o que se passa, aliás, com as argumentações jurídicas dentro de um quadro institucional, na verdade um caso especial de discurso prático.

Efetivamente, o processo judicial não pode deixar de ser a concepção de um sistema com regras próprias e prazos definidos, que se pretende eficaz e célere, desde

que compatível com a defesa do acusado. O próprio debate perante o juiz, que visa conformar a decisão judicial, não pode ser entendido como um puro discurso. Se assim o fosse, teria de obedecer à exigência de uma procura cooperante da verdade, ausente de um quadro sistemático, com a inerente coerção dessa obediência a imperativos funcionais. Mas são precisamente estes imperativos os caracterizadores de uma realidade processual.

3.6 A admissibilidade de margens de consenso e o princípio da obrigatoriedade da ação penal

A partir desse ponto, a questão só poderá ser uma: em que termos e sob que limites existirão margens de consenso num modelo processual de estrutura basicamente acusatória, que busca um ideal ponto de otimização entre vários princípios informadores, nomeadamente a concordância teórico-prática entre a justiça do caso concreto, ou verdade material, e os princípios que visam, fundamentalmente, assegurar as garantias do acusado, de forma a salvaguardar a sua dignidade e dimensão humana? A pertinência da questão tem particular relevância no processo penal brasileiro, o qual, a partir da Lei 9.099/95, apresenta institutos e mecanismos possibilitadores de soluções que buscam o consenso.

Aplauda-se, aliás, que assim tenha acontecido. É que, de um caminho direcionado para os princípios fundamentais do Estado Social, as soluções de caráter consensual acarretam vantagens quer do ponto de vista da celeridade e conseqüente eficácia processual, quer da perspectiva de ideais político-criminais basicamente ressocializadores. Abrem-se, assim, as portas para o casamento entre um ideal de convivência humana baseado no consenso — que, no caso do processo penal, deverá ter um espaço de âmbito reduzido: o da pequena criminalidade — e um de eficácia no controle da massificada criminalidade, que prolifera nas atuais sociedades, hipercomplexas e diversificadas.

Voltar-se-á, adiante, a esta questão dos espaços e limites das margens de consenso em processo penal. Por ora, tenham-se em conta as traves mestras impostas pelo sistema jurídico brasileiro, em cujo âmbito a referida questão terá de ser tratada. Recorde-se que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e que a própria Constituição

delimita o conceito, molda as fronteiras e salvaguarda um núcleo essencial, inviolável ou inderrogável, no qual o direito penal não pode penetrar.

Assim, os direitos fundamentais dos indivíduos, estruturantes da sua dignidade, funcionam como limite intransponível em relação às iniciativas de caráter político-criminal, sendo que a eficácia de um determinado programa não torna justificável a violação daquela dignidade. O mesmo se diga quando as finalidades de política criminal assumem uma veste intraprocessual, uma vez que a dignidade humana deverá não só ser protegida diante da máquina organizada do *ius puniendi* estatal, mas também se consubstanciar na figura de um acusado, sujeito processual a quem são conferidos direitos e garantias possibilitadores de uma participação ativa e constitutiva na concreta tramitação processual, com vista à decisão final ou, como se queira, à justiça do caso concreto.

3.7 Considerações finais parciais

Efetivamente, num Estado de Direito material de feição social e democrática, o modelo estrutural de processo penal deverá apresentar uma limitação jurídica do poder público, em favor do indivíduo acusado, no sentido de respeitar um conceito de dignidade humana que ultrapassa a perspectiva marcadamente defensiva, muito própria da época do Liberalismo iluminista. O consenso apresenta-se, por conseguinte, como um objetivo a atingir, embora dificilmente seja alcançável, pois se, de um lado, há um processo que visa repor a validade da norma violada (norma essa que, apresentando uma dimensão axiológica, funciona como barreira dissuasora de uma dramática situação de conflito ou ruptura), por outro, o mais das vezes, está em jogo a própria dignidade da pessoa humana.

TÍTULO II
A INTRODUÇÃO DA TEORIA DO CONSENSO NO DIREITO PENAL

CAPÍTULO 4

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO DIREITO COMPARADO

4.1 O exemplo norte-americano

A Constituição Federal Americana determina, em sua 4ª Emenda, o direito de todo acusado a um processo rápido e público, ante um Júri imparcial, embora tal disposição não signifique que um julgamento assim seja o rito comumente utilizado para decidir a sorte do pessoa. Com efeito, as estatísticas, segundo Friedman (1971, 339), afirmam que, em certas partes do país, mais de 20% das condenações, por fatos delitivos graves, se produzem sem prévio processo, devido à decisão de os acusados aceitarem a própria responsabilidade penal (*guilty plea*).

Na verdade, consoante Diego Diez (1989, 944), o processo penal norte-americano adota a estrutura própria de um sistema de partes (*adversary system*), reconhecendo-se a estas um amplo poder de disposição sobre o objeto em causa. Assim, o Ministério Público tem, privativamente, a faculdade de decidir se, quando e por quais fatos delituosos prosseguirá a ação penal já iniciada, permitindo-se que a prova não se produza se o acusado reconhecer formalmente os fatos a ele imputados. Nesse sentido, são motivos, entre outros, que podem levá-lo a usar a *guilty plea*:

1. Uma confissão voluntária, nos casos em que o acusado se declara responsável, para abrandar os remorsos da consciência, seja pela tal evidência de sua participação nos atos que não teria sentido negá-la, seja pela vantagem alguma da negação;

2. Uma confissão estruturalmente induzida, obedecendo ao comando de uma norma que prevê uma pena mais grave para os que insistem no prosseguimento do processo e uma mais leve para os que, reconhecendo a responsabilidade, renunciam ao direito que lhes assistem a um processo penal público, oral e contraditório;

3. Uma confissão negociada, que faz parte do acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado ou seu advogado (*plea bargaining*).

A *plea bargaining*, *plea discussion* ou *plea conference* implica a realização de um acordo alcançado em fase anterior à ação penal, entre o Ministério Público e a Defesa, em virtude do qual o acusado admite a responsabilidade nos fatos, em troca de

receber determinadas concessões do Estado, como a retirada de alguma agravante, a solicitação de uma pena mais leve, etc. Em consequência do acerto, geralmente ocorre a emissão de uma sentença, conforme os termos pactuados.

Quanto à origem dessa fórmula transacional, há duas posições conflitantes. A primeira, consoante Wishingrad (1991, 501), diz que se trata, esse modelo, de um fenômeno jurídico e social de antecedentes muito antigos, com raízes na origem da própria sociedade. Por essa posição, a *plea bargaining* se teria manifestado, a princípio, como opção ao sistema de vingança privada, deixando nas mãos do ofendido a possibilidade de decidir entre um acordo econômico com o ofensor ou o exercício do direito à retaliação, evoluindo, depois, com a própria sociedade, para um método idôneo de alívio da excessiva rigidez e severidade positiva, que caracterizou a Justiça Penal anglo-saxônica dos séculos XV a XVIII. Na atualidade, trata-se de um procedimento imprescindível ao bom funcionamento da administração da Justiça.

A segunda tese, ainda segundo Wishingrad (1991, 501), considera que a *plea bargaining* era praticamente desconhecida durante a história do Common Law, apresentado-se como uma instituição contingencial, nascida como consequência da situação característica da Justiça Penal moderna. Teria, então, havido a transformação dos *summary jury trial* em *adversary jury trial*, ou seja, burocratização da função judicial, profissionalização da polícia, incremento da delinquência, aparição de novos tipos delitivos, etc.

Em que pese a discussão doutrinária, a expansão dos Juízos de Consenso se deu depois da Segunda Guerra, mais exatamente na década de 1960. Conforme Morales (1998, 28) a Suprema Corte americana, em 1971⁸, classificou a *plea bargaining* como um “instrumento essencial para a correta Administração da Justiça” e declarou sua constitucionalidade com base, dentre outras razões, no fato de que “se todas as acusações devessem percorrer o caminho de um processo judicial completo, os Estados e o próprio Governo mostrar-se-iam na necessidade de multiplicar o número de juizes e os recursos materiais destinados aos Tribunais”.

Mas os efeitos benéficos da *plea bargaining* não se resumem à economia para o Erário, uma vez que (1) favorece o princípio da economia processual, ao prescindir dos trâmites posteriores ao acordo; (2) refere vantagem a todos os sujeitos

⁸ Santobello v. New York, 404 U.S. (1971)

que intervêm na negociação: o acusado adquire um papel mais participativo na Justiça e elide eventuais riscos que para ele poderiam ocorrer com a instauração do processo, o advogado recebe por seu trabalho em pouco tempo e com o mínimo de esforço, o Ministério Público e o Juiz colhem uma importante economia de tempo e trabalho, aumentando-se, de outra parte, as chances que um e outro poderiam ter em sua reeleição⁹, (3) melhora a qualidade da Justiça, porquanto, de um lado, comporta uma mais eficaz adequação da iniciativa penal à personalidade do réu, facilitando-lhe a reabilitação e a reinserção na sociedade, e, de outro, permite maior dedicação dos juizes, membros do Ministério Público e advogados aos casos em que se apuram condutas mais graves.

Há, porém, aspectos negativos a considerar. A economia processual decorrente de *plea bargaining* se dá, por exemplo, em detrimento de alguns dos direitos e garantias consagrados na Constituição americana: o de um julgamento público, por meio de um Júri imparcial, o de não produzir prova contra si mesmo ou *privilege against self incrimination*, o da presunção de inocência etc.

Ademais, a solução do litígio, por meio de transação no processo, nem sempre garante uma economia de tempo e trabalho para juizes, membros do Ministério Público e advogados, máxime se se têm em conta que o acordo entre as “partes contratantes” pode produzir-se momentos antes do início do Juízo oral e, portanto, demasiado tarde para que aqueles sujeitos planifiquem o tempo e reestruem o horário de trabalho. Além disso, o uso da *plea bargaining* desnaturaliza o papel tradicionalmente atribuído aos sujeitos que intervêm no processo penal: o acusado renuncia ao direito ao processo e às garantias dele advindas; a perspectiva de receber o quanto antes possível a remuneração por seu trabalho leva o advogado a convencer o cliente a declarar-se culpado, sem valorar a possibilidade de absolvição; o Ministério Público atua mais impulsionado pelo desejo de racionalizar tempo e trabalho que em defender os interesses do acusado, da vítima ou da sociedade, enquanto o juiz está, em regra, mais disposto a reduzir o volume de processos que a intentar descobrir a verdade dos fatos.

⁹ Nos Estados Unidos, juizes e membros do Ministério Público são eleitos por meio de um sistema eleitoral, sendo a forma de investidura idêntica para ambos: eleição direta no âmbito dos Estados e indicação pelo Executivo e aprovação pelo Senado, no plano federal.

A *plea bargaining* aumenta, ainda, a possibilidade de que o acusado, sendo em verdade inocente, deva reconhecer-se responsável para evitar, por exemplo, uma publicidade por fatos manifestamente repugnantes ou para reduzir os custos do processo judicial oral, sem mencionar que a dinâmica da negociação reflete negativamente na individualização da pena, pois, no momento de sua aplicação, não é necessária uma completa informação das circunstâncias em que se cometeu o fato delitivo e da personalidade do delinqüente.

No entanto, um informe, emitido pelo Departamento de Justiça dos EUA, em 1984, revelou que a proporção entre os casos resolvidos transacionalmente e os decididos por meio do Juízo oral eram à razão de onze para um, dados esses confirmatórios da perfeita consolidação do instituto da *plea bargaining* na prática judicial americana.

4.1.1 Modalidades de *plea bargaining*

Em atenção aos benefícios que o acusado pode obter em troca de sua *plea of guilty*, distinguem-se duas modalidades básicas de *plea bargaining*. Uma é a *sentence bargaining* ou *sentença acordada*, pela qual o Ministério Público, em troca de que o acusado aceite a responsabilidade, promete recomendar ao Juiz a imposição de uma pena menor que a legalmente cominada, não solicitar para o acusado a pena máxima prevista ou não se opor a um pleito do advogado para uma pena em particular.

A outra modalidade é a *charge bargaining* ou *acusação negociada*, através da qual o acusado se declara responsável e, em contrapartida, o Ministério Público renuncia ao exercício da ação penal em favor de outros fatos, que caracterizem um delito, retira alguma agravante ou classifica o crime de forma menos grave.

A *guilty plea* pode obedecer a outros tantos tipos de acordo, como a promessa de o Ministério Público de não promover a ação penal frente a um co-indiciado, o assegurar ao acusado ou co-acusado o encarceramento em determinada prisão, o não opor-se à petição de livramento condicional, o não alegar reincidência, etc. Também é possível que, nessa negociação entre Ministério Público e acusado, o que este oferece não seja uma *guilty plea*, mas a devolução das coisas furtadas, o compromisso de ressarcir à vítima, o dar informação à polícia ou o testemunhar contra

outros. Os dois primeiros casos seriam modalidades denominados de *bargain de restitution* e os dois últimos de *bargain de informacion*.

4.1.2 *Papel dos Sujeitos Processuais na negociação*

4.1.2.1 *Ministério Público*

Ao analisar o papel que o titular da ação penal desempenha na dinâmica da negociação, deve-se partir da idéia, já apontada, de que a liberdade de ele negociar um acordo com o acusado não conhece limites. O Ministério Público, na visão de Torrão (2000, 147), é livre para negociar com o infrator o conteúdo do objeto da acusação, seja qual for a gravidade dos crimes. Com efeito, o mais conhecido modelo de *plea bargaining* consiste em dar oportunidade ao Ministério Público de negociar com a defesa no sentido de obter uma confissão em troca de uma acusação por crime menos grave.

É que nem sempre a atuação do Ministério Público busca satisfazer os interesses da coletividade, na realização da função jurisdicional, já que, muitas vezes, deseja apenas evitar o processo judicial, visando à economia e, segundo alguns, a manutenção de uma boa imagem perante o seu eleitorado. Problema maior é que, no afã por um acordo, os membros do Ministério Público costumam carregar a mão na acusação, a fim de obter uma posição mais vantajosa na hora de negociar com o acusado.

4.1.2.2 *Defesa*

Normalmente é o advogado quem conversa com o Ministério Público, para chegar a um acordo com ele. Para Morales (1998, 32), isso não quer dizer que a decisão de negociar caiba exclusivamente a ele, pois, conforme diz a *American Bar Association*, o advogado somente poderá concluir uma *plea agreement* com o consentimento de seu cliente, devendo assegurar-se de que a decisão de declarar-se responsável é realmente pretendida por aquele, segundo estipula o art. 3.2 das *Standards Relating to Guilty Pleas*.

Gomes (1997, 38) chama a atenção para que não se confunda a *plea bargaining* com a *guilty plea*, pois esta é a conformidade pura e simples do acusado com a pena solicitada pelo acusador, porém, sem a *bargain*, ou seja, sem negociação, sem transação.

4.1.2.3 Juiz

O papel que o Juiz desempenha no processo negociado, conforme relata Morales (1998, 33), pode dar-se, por sua vez, de duas maneiras: 1) como sujeito que participa diretamente das negociações, registrando-se de logo que nem todos os Estados permitem tal participação (Michigan, Ohio, Nebraska, Washington e Indiana, por exemplo, a proibem, enquanto se a admitem em Carolina do Norte, Carolina do Sul, Vermont e Illinois); 2) como destinatário final do acordo alcançado pela partes contratantes, caso em que, independente de o Estado permitir ou não a sua participação nas negociações, todo o sistema federal determina que seja ele esse destinatário.

O principal requisito para a homologação judicial do acordo é que ele deva ser realizado de forma voluntária e exata. Voluntária no duplo sentido de não haver sido induzido por pressões ou ameaças físicas ou morais e de que se tenha efetivado com o conhecimento, por parte do acusado, de todo o conteúdo da acusação, assim como das conseqüências da declaração. exata porque a *guilty plea* deve versar sobre os fatos realmente cometidos.

Mas o Juiz também pode rejeitar a *guilty plea* se ela não estiver dentro de uma margem razoável de discricionariiedade judicial. Nesse sentido, a *American Bar Association* assinala que é próprio do Juiz garantir concessões na acusação e na pena àqueles que se declarem responsáveis e aprovar a *plea bargaining* somente “quando o interesse público na efetiva administração da Justiça Penal esteja preservado”, como estabelece os parágrafos 1.8 (a) e 3.3 (c) das *Standards Relating to the Guilty Pleas*.

Essa discricionariiedade, porém, só pode ser utilizada com êxito, ou seja, sem possibilidade de revogação em Segunda Instância, nos casos em que o Ministério Público tenha feito uso abusivo e extremo de suas faculdades ou haja sido demasiadamente benevolente com o acusado.

4.1.2.4 *Vítima*

O interesse da vítima no processo da negociação não é, de modo algum, irrelevante, sobretudo se o possível acordo entre a Defesa e o Ministério Público repercutir negativamente em seus interesses retributivos ou de vingança e nos econômicos ou financeiros.

Em razão da diversidade de sistemas legais existentes nos Estados Unidos, a participação da vítima na *plea bargaining* varia de Estado para Estado. Por exemplo, Maine, Tennessee, Illinois somente permitem a participação da vítima na fase prévia ao acordo, sendo ela, depois, informada do resultado final, enquanto outros a admitem durante o processo de negociação. Em todos eles, porém, concede-se a oportunidade para que o ofendido ou prejudicado participe da decisão da *plea bargaining*, com o Juiz ou com o Ministério Público, via consulta.

4.1.3 *Procedimento da plea bargaining*

Não se pode falar, portanto, nos Estados Unidos, de um procedimento unitário e homogêneo da *plea bargaining*, mas de tantos quantos são os Estados que compõem a Federação e, mais ainda, de quantos membros do Ministério Público, Juízes e advogados intervêm na sua prática. Diz Morales (1998, 39) que apesar da dificuldade do estabelecimento de um procedimento genérico acerca de um tema tão diversificado, o certo é que, a partir do momento em que se conhecem os fatos contra o imputado, começam os entendimentos entre o Ministério Público e o advogado. No caso de frutificarem, cabe ao primeiro a função de comunicar ao Juiz o seu conteúdo, o que se faz na fase anterior ao início do Juízo oral. Não obstante, o Juiz pode permitir que a comunicação se produza em qualquer outro momento do processo, porém sempre anterior ao começo do Juízo oral.

Em caso de o Juiz homologar o acordo alcançado pelas partes, informará ele ao acusado a sua decisão e ditará a sentença, conforme os termos pactuados. Se, ao contrário, não admitir a *plea agreement*, comunicará tal decisão às partes, oferecendo ao

acusado a possibilidade de retratar-se de sua declaração, advertindo de que, se nela persistir, fica susceptível a uma pena maior que a prometida pelo Ministério Público¹⁰.

4.2 Generalidades sobre a *applicazione della pena su richiesta delle parti* o *patteggiamento sulla pena* do Direito italiano

Provavelmente, a reforma do processo penal italiano, introduzida por lei de 22 de setembro de 1988, é, no âmbito europeu, a que mais claramente sofreu a influência do *adversary system* norte-americano. Assim, substituiu-se uma fase judicial, a de investigação, por uma instrução preliminar, a cargo do Ministério Público e da Polícia Judiciária, e criou-se uma nova fase processual, a audiência preliminar, espécie de etapa intermediária entre a instrução preliminar e o Juízo oral, na qual o Juiz observa se existem condições para a abertura deste procedimento.

Mas a influência do sistema de partes norte-americano não se deixa sentir apenas no que se denomina de “procedimento ordinário”, pois, ao contrário, influi em todos os ritos processuais do Código de Processo Penal italiano. Nessa ordem de idéias, assinala Lozzi (1992, 13-14) que “o legislador se deu conta de que uma Justiça Penal eficiente requer a existência de procedimentos diferentes, em particular de procedimentos baseados no consenso das partes e que permitam desafogar o juízo oral”. A doutrina italiana não tem, na verdade, duvidado da influência do *plea bargaining* com a *applicazione della pena su richiesta delle parti* o *patteggiamento sulla pena*, mas há diferenças essenciais entre os dois institutos:

Em primeiro lugar, o *patteggiamento* não se traduz numa aceitação expressa da responsabilidade pelo imputado. Depois, enquanto nos Estados Unidos o Ministério Público goza de uma amplíssima liberdade na hora de negociar, na Itália a sua atuação se submete ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal, até porque o art. 112 da Constituição Italiana reza que “o Ministério Público tem a obrigação de promover a ação penal”.

¹⁰ Segundo prevê a *Rule (e) (6)* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, em não sendo admitida pelo Juiz uma *plea agreement*, a declaração de responsabilidade, prestada para efeito do acordo, não será utilizada contra o acusado em nenhum outro procedimento, cível ou criminal.

O âmbito objetivo deste procedimento é determinado pela natureza e medida da pena, cuja aplicação solicitam as partes. Assim, prevê o art. 444.1 do CPP italiano que

o imputado e o Ministério Público poderão solicitar do Juiz a aplicação, na espécie e medida indicada, de uma sanção substitutiva ou de uma sanção pecuniária, diminuída até um terço, ou também de uma pena privativa de liberdade que, levando em conta as circunstâncias e sua diminuição até um terço, não supere os dois anos de reclusão ou prisão, única ou conjuntamente com uma pena pecuniária.

O acusado e o Ministério Público poderão levar ao Juiz a proposta de pena, a que se refere o parágrafo anterior, na fase de investigação, na audiência preliminar ou em qualquer outro momento, desde que prévio à abertura do Juízo oral. Esse prazo é o mesmo para o Ministério Público manifestar acordo ou não diante da solicitação do imputado. Levada, porém, a proposta ao Juiz, esse poderá 1) absolver desde logo o imputado, por considerar a inexistência do crime; 2) rechaçar a proposta de acordo, remetendo o feito ao Ministério Público, para o oferecimento de denúncia; 3) homologar a proposta, mesmo se o Ministério Público discordar.

4.3. A aplicação da teoria do consenso no direito alemão

Como em outros tantos países, também a Alemanha viveu as dificuldades próprias da Justiça Penal atual, com um volume acentuado de processos e os embaraços para a prestação, a contento, da jurisdição. Entre os vários instrumentos utilizados para resolver o problema, destaca-se a faculdade atribuída ao Ministério Público de abster-se de promover a ação penal, mesmo havendo fundados indícios da participação do acusado em um crime, assim como é reconhecida aos Tribunais o poder de arquivar a ação já iniciada. Ambas as possibilidades aparecem contempladas nos §§ 153 e ss. da Lei Processual alemã, consoante informa Schöne (1989, 702).

Com efeito, segundo estabelece o §153 StPO, o Ministério Público, com a aprovação do Tribunal competente para a abertura do procedimento principal, pode abster-se de promover a ação penal se o processo tem por objeto um fato que, apenado

com pena privativa de liberdade inferior a um ano, a culpabilidade do autor seja ínfima e não exista interesse público na persecução do ato delitivo. Não se exige, em contrapartida, a aprovação do Tribunal quando o fato delitivo é cometido contra patrimônio alheio, o dano causado seja pequeno e não corresponda a um caso que o legislador considere como uma agravante do tipo penal. Mas, ainda que presentes esses requisitos, mesmo assim o Ministério Público promover a ação penal, o Tribunal poderá, conforme o referido artigo, arquivá-la.

No entanto, o que mais se aproxima do acordo é o previsto na alínea *a* do § 153 StPO, isto é, o arquivamento provisório do processo condicionado à realização de determinadas condições ou regras de conduta previstas em lei, como a entrega de dinheiro a uma instituição de utilidade pública ou estatal, a reparação do dano causado à vítima e o cumprimento de obrigações alimentícias. O arquivamento definitivo ocorrerá quando o acusado cumprir todas as condições estabelecidas, possibilidade que se pode dar, também, se o processo já houver iniciado.

Na Alemanha, segundo Schünemann (1991, 51), cada vez mais se usa o acordo entre as partes e o Juiz para pôr fim ao processo, mesmo sem expressa previsão legal. Na verdade, o Tribunal Constitucional alemão tem considerado que os ditos acordos não são contrários à Lei Maior, pois que resguardam o princípio da investigação da verdade real, bem como as garantias processuais fundamentais do acusado.

4.4 A suspensão provisória do processo em Portugal

Em Portugal, como no restante da Europa, a influência do princípio do consenso se fez presente por meio do instituto da suspensão provisória do processo.

Lá, na suspensão provisória do processo, o Ministério Público assume um papel fundamental, pois é dele a faculdade de promover ou não o instituto. Trata-se de uma manifestação do *princípio da oficialidade*, que constitui um dos alicerces do direito processual penal português e que, conforme ensina Dias (1988, 81), responde ao problema de saber “a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de a submeter ou não a julgamento”. É que o ordenamento jurídico português entende que essas são tarefas da competência do Estado, de modo que o fundamento assenta, basicamente, na idéia, já algumas vezes referida, de que o

processo penal é assunto de interesse de toda a comunidade e, como tal, o seu exercício deverá ser da competência de um órgão estatal especializado, que a represente. Ora, ao Ministério Público é que, em conformidade com o texto constitucional, incumbe levar a cabo essas tarefas, no atual direito processual penal português.

Havendo lugar para a suspensão provisória do processo, se o acusado cumprir as condições e regras de conduta a que tiver ficado obrigado por um determinado prazo — nunca superior a dois anos (artigo 282, n.º 1, CPPP) —, o Ministério Público arquiva o processo (artigo 282, n.º 3). Tal como o *arquivamento por dispensa de pena*, prescrita no artigo 280 do CPPP, também a suspensão provisória do processo permite-lhe o arquivamento, mesmo verificada a existência de indícios suficientes da prática de um crime, sendo, portanto, uma alternativa à acusação que, ao final, pode acabar por traduzir-se numa decisão de não submeter o processo a julgamento.

A proposta de suspensão provisória do processo deve, por conseguinte, ser, consoante Torrão (2000, 186), da atribuição da entidade titular do exercício da ação penal, já que esse é um poder que, à luz dos princípios e das normas constitucionais e ordinárias do processo penal, não podia deixar, efetivamente, de caber ao Ministério Público. Ora, o Ministério Público é o titular do exercício da ação penal e, como tal, compete-lhe a iniciativa de promover ou não a suspensão provisória do processo. O artigo 281, n.º 1 do CPPP exige, no entanto, que a efetiva aplicabilidade do instituto depende, ainda, da concordância do juiz da instrução criminal.

A concordância do acusado é, também, uma *conditio sine qua non* da suspensão provisória. Nem poderia deixar de ser assim, atendendo a que se está, no caso, perante uma forma de solucionar o conflito penal segundo a qual o acusado fica adstrito ao cumprimento de determinadas condições e regras de conduta que, como se viu, são suscetíveis de restringir alguns dos seus direitos fundamentais. Ademais, assim como o acusado, o ofendido, desde que constituído assistente, pode participar na conformação concreta da decisão final. E, da mesma forma que se passa em relação ao acusado, há a necessidade da aquiescência do assistente de acusação para a decisão de suspender provisoriamente o processo, nos termos da alínea a do n. 1 do artigo 281 do CPPB.

4.5 Considerações finais parciais

No momento histórico atual, em diversos países de linha jurídico-política semelhante à do Brasil, tem-se concedido espaço ao *modelo consensual* de justiça penal, na área da *pequena e média criminalidade*. É que, em conjugação com a idéia de alternatividade, pretende-se evitar, no processo, o degradante conflito próprio da relação jurídico-penal. Assim, os estudos de várias ciências, com destaque à Criminologia, vêm assinalando os malefícios do contato do acusado (e também da vítima) com as instâncias formais e informais de justiça penal, o que se vai refletir na própria sociedade, que será, conseqüentemente, afetada pela carga lesiva desses efeitos.

Com o modelo de justiça consensual busca-se, então, essencialmente, solucionar o conflito penal, de sorte a tutelar os vários feixes de interesses que da relação jurídico-penal material emanam. É, basicamente, a partir de um tal horizonte que se configurou, entre nós, uma solução jurídico-positiva do jaez da *suspensão condicional do processo*, da *transação penal* e da *composição civil dos danos*, como causas de extinção da punibilidade.

Inspirado no modelo anglo-saxônico de justiça penal — mais precisamente no *plea bargaining system* — e na esteira de idênticas soluções adotadas nos sistemas de países que, tal como o Brasil, se inserem na família romano-germânica — de onde se destaca o § 153, *a*, da StPO alemã —, o legislador processual penal pátrio, por razões essencialmente de política criminal, concedeu um espaço de oportunidade, devidamente regrada, de pactuação, no exercício da persecução da ação penal. Isto tem permitido a resolução de muitas questões criminais por meio de um modelo amplamente consensual, com as suas devidas implicações.

CAPÍTULO 5
A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO:
FATOR DE INTRODUÇÃO, NO BRASIL, DO MODELO CONSENSUAL DE
JUSTIÇA PENAL

A sociedade brasileira vive momentos de perplexidade em face do paradoxo que é o atual sistema penal. De um lado, tem-se o avanço desenfreado da violência, a exigir como forma de combate o aumento das penas e, de outro, a superpopulação carcerária e as conseqüentes rebeliões, a impor ao Governo a adoção de penas cada vez menores, que desafoguem as prisões. Em relação ao incremento da violência, a Revista *Veja*, de 8/12/1999, publicou uma estatística segundo a qual a média de assassinatos por dia em São Paulo atingiu a marca de 24 homicídios (esta é, diga-se, de dois meses em Londres, na Inglaterra, e um mês, em Tóquio, no Japão).

Quanto à superpopulação, o então secretário de Administração Penitenciária do referido Estado, João Benedito de Azevedo Marques, escreveu que

o sistema carcerário brasileiro, por sua vez, vive uma crise material. O Censo Penitenciário Nacional (1995) registra uma população carcerária de 148.760 detentos. O sistema padece de um problema fundamental, que é a superpopulação. Há, hoje, um déficit de 72.514 vagas nos sistemas estaduais. Isso sem contar os mais de 250 mil mandados de prisão que aguardam execução. Do total de encarcerados, 61,4% cumprem pena nas penitenciárias estaduais, enquanto 38,6% encontram-se em Distritos Policiais ou em outros estabelecimentos prisionais provisórios, sem as mínimas condições materiais de segurança. Essa superlotação agrava ainda mais as condições de encarceramento, com fortes repercussões na esfera da saúde, educação e trabalho dos presos.

De 1995 para cá, esse número praticamente dobrou, já que, em abril de 2002, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), havia 235.085 presos. Destes, 155 mil cumprem pena definida, enquanto 80 mil esperam julgamento pelos tribunais, sem mencionar o déficit, atual, de 58.055 vagas.

Ademais, o agravamento da violência urbana gerou, dentre outras, a edição da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), a superpopulação carcerária proporcionou o advento da Lei dos Juizados Especiais (9.099/95) e a alteração da parte geral do Código Penal possibilitou aos condenados a penas iguais ou inferiores a quatro ou menos anos o cumprimento de penas restritivas de direitos e não só privativas da liberdade (Lei 9.714/98). Eis o paradoxo: diante do aumento da violência, a sociedade clama pela agravamento da pena, ao mesmo tempo em que, premido pela situação carcerária, o governo e boa parte dos juristas advogam o direito penal mínimo.

Isto tem gerado controvérsias e grandes debates. O jornal *O Estado de São Paulo*, por exemplo, em editorial de 3/10/1999, criticou duramente a proposta do então ministro da Justiça, José Carlos Dias, que era revogar a Lei dos Crimes Hediondos.

As modificações sugeridas pelo ministro deixam transparecer resquícios de fidelidade àquela corrente ideológica para a qual a natureza humana é perfeita e todos os delitos são produtos de uma sociedade mal estruturada e injusta, sendo os criminosos, portanto, vítimas desta sociedade. A prevalecer essa visão de mundo, a justiça se faria prendendo-se a sociedade e soltando-se os bandidos.

O fundamento da crítica do jornal foi a de que não é a soltura dos presos que solucionará a crise do sistema prisional, mas a construção de presídios e uma maior disciplina nesses estabelecimentos. Não restam dúvidas do acerto do editorial quanto à necessidade da construção de novos presídios, que atendam à demanda crescente da criminalidade, em especial à custa da União, uma vez que hoje há apenas um desse tipo, em funcionamento no Estado do Acre. Não se pode, porém, conceber isto como solução de todos os males da criminalidade, porque outras causas há a produção constante de um exército de indivíduos para quem a única saída é a prática delituosa.

Ademais, está comprovado estatisticamente, basta ver o resultado do Censo Penitenciário de 1995, quando havia 148.760 presos, e o censo de 2002 registrou 235.085 presos, que a Lei dos Crimes Hediondos não diminuiu o número de delitos. Ao contrário, tudo indica que uma das causas para as constantes rebeliões seja a desesperança dos condenados que não têm direito à progressão do regime prisional, obrigados que são a cumprir pena em regime integralmente fechado.

5.1 A ilusão do aumento da pena no combate ao crime

Pode-se afirmar, sem nenhuma hesitação, que se não for tomada uma atitude séria e corajosa agora, mais grave a situação se tornará. É que se estão construindo, nos dias atuais, à custa da estabilidade monetária, uma legião de futuros marginais, os chamados menores de rua.

Têm-se, nesse sentido, sérias dúvidas se esse custo vale a pena. Na verdade, cidades pequenas, outrora pacatas, vivem cheias de mendigos e crianças, abandonados à própria sorte, o que obriga o Judiciário, sem recursos e sem meios, a ocupar o lugar do Executivo na proteção dos direitos da criança e do adolescente. Que, aliás, essas crianças aprendem atualmente? Os meninos começam com pequenos furtos, os viciados em cola de sapateiro passam ao assalto a mão armada e o tráfico de drogas pesadas. Para as meninas, resta o caminho sombrio da prostituição, não havendo salvação, pelo menos na atual conjuntura.

Vê-se, com perplexidade, que em relação a essas crianças fracassaram a família, a escola e o Executivo, instituições extrajudiciais de combate ao crime, sobrando para o Judiciário, detentor do *jus puniendi* estatal, a tarefa de, com a sua espada, conter a criminalidade, condenando o criminoso e atirando-o às masmorras. Daí surgem as idéias legislativas de conter-se o delito com a elevação das penas, sem se levar em conta que somente a ameaça de punições mais graves não previne a prática delituosa, pois que a segurança da população reside, no âmago, no enfretamento dos problemas sociais e da impunidade.

Ora, de acordo com o Censo 2000 do IBGE, publicado no sítio do órgão na internet, 15% da população economicamente ativa (PEA) está desempregada, o que representa 11,4 milhões de brasileiros. Dos que trabalham, 24,4% sobrevivem com menos de um salário mínimo por mês, sendo que 51,9% ganham, no máximo, dois salários. Somente em São Paulo vivem 1,077 milhão de pessoas em condições subnormais, ou seja, moram em favelas, cortiços ou domicílios improvisados (estes, pelo conceito do IBGE, são quaisquer instalações fixas que não deveria, em tese, servir de moradia, como prédios em construção, postos de saúde, vagões de trem, buracos, carroças, tendas, grutas, etc).

O analfabetismo não é, no Brasil, menos alarmante. Segundo o IBGE, 13,63% da população com mais de 15 anos é ágrafa, enquanto na Argentina esse percentual é de 3%, no Chile, 4%, na Venezuela, 7%, e na Colômbia, 8%. Assim, tomando como base a população acima de 10 anos, tem-se, no Brasil, 17,6 milhões de pessoas analfabetas, sendo que da população total, 34,7% dos chefes de família não completaram sequer quatro anos de estudo. Por outro lado, após a ocorrência do crime o aparelho judicial não atende às exigências, cada vez maiores, de um julgamento rápido, eficaz e gerador da certeza da punição aos infratores.

A idéia da impunidade como um mal social remonta, no entanto, a longas datas. Tanto que o grande penalista italiano Romagnosi, em *Gênesis do Direito Penal* (1956, 105), afirma que a sociedade possui a necessidade e mesmo o direito de eliminar a impunidade, por mais que a consideremos algo posterior ao delito.¹¹

5.2 A evolução, no Brasil, das idéias penais

Vieira da Silva (1999, 22) afirma que “toda vez que ocorre um fato político de relevo, acarretando a alteração da estrutura constitucional do país, necessariamente as mudanças legislativas se fazem sentir, especialmente na esfera das leis penais”. Diz, ainda, o citado jurista que, com a proclamação da Independência, surgiu a Constituição de 1824, que traçou as linhas mestras do Código Criminal do Império. Este, originado do Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, após aprovado pela Câmara e pelo Senado, mereceu a sanção de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830.

As idéias liberais apregoadas por Beccaria influenciaram sobremaneira o legislador pátrio, que abrandou o terrífico retributivismo insculpido nas Ordenações Filipinas. A respeito, diz Jimenez de Asúa que a tendência do Direito Penal, desde sempre, é tornar-se público, ou seja, objetivo e imparcial, para alcançar a dignidade de

¹¹ §251. – Si contemplamos, pues, la impunidad en las circunstancias del porvenir y dentro del seno de la sociedad, nos daremos cuenta de que será radicalmente destructora del cuerpo social.

§ 252. – Por lo tanto, com el fin de defenderse, la sociedad estará en la necesidad y por lo mismo en el derecho (§ 227) de eliminar la impunidad, por más que se considere como cosa posterior al delito (§§ 46 y 47). O, hablando más exactamente, la sociedad tiene derecho de hacer que la pena siga al delito, como medio necesario para la conservación de sus miembros y del estado de agregación en que se encuentra, ya que ella tiene pleno e inviolable derecho a estas cosas (§ 212). Y así surge el momento en que nace el derecho penal, el cual no es en el fondo sino un derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente, nacida de ela intemperancia ingénita.” (ROMAGNOSI, 1956, 105)

ser chamado liberal.¹² Apesar desse avanço, segundo os ditames legais, a pena capital era cumprida na forca, devendo o réu ser conduzido preso pelas ruas mais freqüentadas até o patíbulo, acompanhado, inclusive, do Juiz Criminal e do Porteiro, que lia, em voz alta, a sentença.

Com a proclamação da República, edita-se um novo Código Penal, desta feita promulgado pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. E, depois do Golpe de 1937, na chamada Era Vargas, emerge um outro Estatuto Penal repressivo, o de 1940, reformado, em sua parte geral, em 1984, pela Lei 7.209. Essa época é marcada por forte tradição do chamado *formalismo jurídico*, quando, no dizer de Krell (2002, 71-72), os juízes eram racionais, imparciais e neutros, aplicando o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa.

5.3 A Lei 9.099/95

A Lei 9.099/95 significou uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Com efeito, seu surgimento implicou a possibilidade de se pôr fim aos processos judiciais, sem a necessidade de um procedimento moroso e penoso, com a dispensa da oitiva desmesurada de testemunhas e da reiteração da prática de atos repetitivos. Sobre esta Lei, diz Grinover (2002, 41) que:

“O modelo político-criminal brasileiro, particularmente desde 1990, quer dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos, caracteriza-se inequivocamente pela tendência paleorrepressiva. Suas notas marcantes são: aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal.”

¹² “La tendencia desde la antigüedad del derecho penal es hacerse público, es decir, objetivo, imparcial. En último término, para lograr ese rango que andando el tiempo se titulara liberal. La lucha entre la venganza de sangre o la expulsión de la comunidad de la paz, reacciones de las tribus contra el delincuente, sin medida ni objeto, y el poder del Estado para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad (y por ende, por el liberalismo) de nuestra rama jurídica. Com el tálion, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así, se transforma en derecho penal público el poder ilimitado del Estado.” (JUAN JIMENEZ DE ASÚA, 1995, 12)

Na verdade, a Lei 9.099/95 não descriminalizou, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Ela trouxe, porém, quatro novas medidas despenalizadoras, que evitam a aplicação da pena privativa da liberdade: a) nas infrações de menor potencial ofensivo, cuja ação requer iniciativa privada ou pública condicionada à representação, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único); b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, pode ocorrer a aplicação imediata de pena alternativa restritiva de direitos ou de multa (transação penal, art. 76); c) as lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir representação da vítima (art. 88); d) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89). Isto segundo Krell (2002, 72), coincide com a exigência de alterações nas funções clássicas dos juízes, que se tornarem co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais.

As medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 significam a adoção do *consenso* como solução para os conflitos penais. Em última análise, é a aplicação da linguagem em toda a sua plenitude em contraposição à força. Hassemer (1998, 13) diz que a lei, sua concretização na dogmática jurídica, sua interpretação e aplicação pelos tribunais e a crítica a estas decisões, tudo isso é linguagem. Para ele onde termina a linguagem começa a força.

5.4 Considerações finais parciais

A idéia da pena privativa de liberdade como panacéia perdeu força no Brasil e no mundo, tendo sido muito feliz o constituinte brasileiro de 1988, ao estabelecer no art. 98, I, da CF, a criação dos Juizados Especiais. Ademais, que o legislador ordinário, ao editar a Lei 9.099/95, substituiu o já ultrapassado modelo prisional pelo *modelo consensual de justiça penal*, pelo menos em relação ao que conceituou de infrações de menor potencial ofensivo. Assim, com a introdução, na Justiça Penal brasileira, dos institutos da *Transação Penal*, *Composição Civil dos Danos* e *Suspensão Condicional do Processo* oportuniza-se uma solução aos problemas da superpopulação carcerária e da morosidade do processo tradicional, tão cheio de incidentes e que, em última análise, constitui-se, ele mesmo, em verdadeira pena.

CAPÍTULO 6

A TRANSAÇÃO PENAL

6.1 Natureza jurídica do instituto

A Lei 9.099/1995 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da *Transação Penal*. Com efeito, o art. 76 reza que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”. Isto representa um golpe duro na morosidade do judiciário, em muitos casos provocada pela procrastinação dos processos. No dizer de Adeodato (2002, 132), “na esfera do próprio processo jurídico estatal encontram-se procedimentos legais que se prestam à procrastinação do feito e tornam a decisão às vezes inteiramente inefetiva, sobretudo para a parte cuja condição econômica não lhe permite esperar.”

Tal instituto, o da Transação Penal, é efetivamente novo no Brasil, não havendo nada similar antes, no Direito pátrio. Trata-se, na verdade, de uma medida alternativa à pena de prisão, oferecendo-se ao autuado a possibilidade de um acordo sobre a cominação a ser imposta.

Segundo Grinover (2000), Pazzaglini Filho (1996), Bittencourt (1996) e Mirabete (1996), entre outros, a Transação Penal não reconhece a culpa do autuado, não podendo, por isso, a decisão que a homologa ser utilizada, no Juízo Civil, como título executivo judicial. Para Grinover (2000, 35), a aplicação imediata da pena não privativa da liberdade, antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, mas até possibilita, sem sequer discutir a culpabilidade, a aceitação da proposta do Ministério Público, o que não significa reconhecimento da culpabilidade penal, não gerando, assim, a responsabilidade civil.

Tal posição, porém, não é unânime na doutrina. Pinho (1998, 35), por exemplo, defende que a proposta de Transação Penal deve ser considerada como se fosse a petição inicial de uma ação penal condenatória, de iniciativa privativa do Ministério Público, somente aplicável às infrações de menor potencial ofensivo, definidas em lei. Na mesma linha, Jardim (1996, 496-499) afirma que tal proposta de Transação Penal corresponde à manifestação de uma pretensão punitiva.

Em que pesem estas assertivas, o melhor posicionamento é mesmo o dos doutrinadores que entendem a Transação Penal como uma medida despenalizadora, que não discute a culpabilidade do autuado.

6.2 Natureza jurídica da sentença proferida

A natureza da sentença proferida na Transação Penal está intimamente ligada ao caráter mesmo do próprio instituto. Assim, para os que defendem a proposta de Transação Penal como uma medida alternativa à pena de prisão, a sentença proferida no acordo é meramente homologatória. A esta corrente filiam-se, por exemplo, Grinover (2000), Fernandes (2000), Gomes Filho (2000) e Gomes (2000), uma vez que, para esses autores, não existe sentença condenatória se não houve, sequer, acusação.

Outros, porém, como Tourinho Neto (2002), Bittencourt (1996), Pazzaglini Filho (1996), Moraes (1996), Smanio (1996) e Vaggione (1996) lecionam que a sentença proferida na Transação Penal tem natureza condenatória. Tourinho Neto (2002, 577) alega, nesse sentido, que assim não poderia deixar de ser, porque o Juiz aplica a pena restritiva de direitos ou multa, na forma do §4º do artigo 76 da Lei 9.099/95.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem, no entanto, firmado, em julgados reiterados, que a sentença proferida na Transação Penal tem natureza jurídica homologatória, não, sendo portanto, absolutória nem condenatória. Isto se pode ver no julgamento, pela 1ª Turma do STF, do HC 79.572/60 (DJU, 22.1.2002), cujo relator foi o ministro Marco Aurélio. Aliás, no voto de Nelson Jobim, este afirmou que a Transação Penal “é um acordo de vontades, homologado pelo juiz”, fazendo o ministro uma comparação entre o instituto da Transação Penal e o da civil, alertando que, para a última, não cabe ação rescisória, mas anulação. É que, para Jobim, a Transação Penal tem as mesmas características da civil, porque tanto nesta quanto naquela quem compõe a lide e extingue o mérito são as partes, com o acordo, e não o Juiz. Tal entendimento foi sufragado no RE 268.320-5/PR (DJU, 10.11.2002), relatado por Otavio Gallotti, em 15.8.2002, e no HC 80802-6 (DJU, 15.8.2001), relatado por Ellen Gracie, em 24.4.2001.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em posição diametralmente oposta, entende que a sentença da Transação Penal tem natureza condenatória. Com efeito, o ministro José Arnaldo, no RESP 190.319/SP, ao defender tal tese, porque diz que o faz

“primeiramente, declara (a sentença) a situação do autor do fato, torna certo o que era incerto, mas, além de declarar, cria uma situação nova para as partes envolvidas, ou seja, cria uma situação jurídica que até então não existia, impondo ainda uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada.”

O ministro Jorge Scartezzini, relator do acórdão no HC 11.111/SP, afirma que do descumprimento do acordo não se pode oferecer denúncia, pois a Lei 9.099/95 somente prevê tal procedimento (art.77) se não houver aplicação da pena em face da ausência do autor do fato ou, ainda, se não ocorrer transação. Tal compreensão é também adotada pelo ministro Fernando Gonçalves, no RESP. 203.583/SP (DJU 11.12.2000), quando assevera que, não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação, cabe ao Ministério Público a execução da pena imposta. Como se vê, para ambos os ministros, não cumprido o acordo homologado pela sentença, deve ser procedida a sua execução, nos moldes dos artigos 84, 85 e 86 da Lei 9.099/95.

Na verdade, a melhor posição é a esposada pelo STF, uma vez que a sentença proferida em sede de Transação Penal tem mesmo cunho eminentemente homologatório. É que tal decisão não pode nem deve ser condenatória porque, se assim o fosse, quebraria, sem previsão legal e menos ainda constitucional, o sistema acusatório, o qual pressupõe o trinômio *acusação, defesa e decisão*.

O instituto da Transação Penal não é, pois, uma espécie de ação monitoria penal, porque lhe falta desta um elemento essencial, que é a petição inicial, no caso a denúncia. Ademais, o suposto autor do fato não é intimado para acatar ou não o conteúdo do acordo, mas unicamente para dizer se aceita ou não transigir. Nesse sentido, a inaceitação do acordo ou seu descumprimento somente gera a possibilidade de o Ministério Público oferecer a denúncia e nunca a execução da pena restritiva de direitos pactuada.

Esse entendimento – o de não se executar a sentença em caso de descumprimento da pena – é sem dúvida o melhor, porque isto levaria a construções interpretativas de difícil solução. Em primeiro lugar, qual seria o tempo da pena privativa da liberdade a ser imposta ao suposto autor do fato? Esse problema não se solucionaria facilmente, já que o Código Penal, ao estabelecer (art. 44, § 4º) que a pena restritiva de direitos será convertida em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento injustificado, traz, nisto, o pressuposto de uma sentença condenatória

anterior a um determinado tempo de prisão, o qual foi substituído por uma pena restritiva de direitos em razão de o condenado preencher condições objetivas e subjetivas.

Com efeito, as penas restritivas de direitos, estabelecidas no Código Penal (art. 44), têm caráter *substitutivo* das privativas de liberdade. No entanto, na Transação Penal, não há nem poderia haver pena privativa de liberdade, inexistindo, assim, prazo certo para a conversão da restrição de direitos em privação de liberdade. Mas se tal prazo fosse o mesmo da pena restritiva de direitos? Ora, se a pena for, por exemplo, a entrega, em única prestação, a uma creche, de uma centena de quilos de arroz como estabelecer, então, a correspondência? É, portanto, de difícil solução o problema.

Em segundo lugar, há uma questão de consciência jurídica e de ética, que é a de levar à cadeia um inocente, posto que a sentença homologatória do acordo não auferiu a culpabilidade do suposto autor do fato, o qual poderia ter aderido à transação com o objetivo de se ver livre do processo, com todas as suas intrincadas conjecturas: contratação de advogado, interrogatório, oitiva de testemunhas, etc. Não é, aliás, despiendo lembrar que Carnelutti (1998, 74) afirma “tanto basta dizer que o processo penal, o qual não termina com a condenação mas segue com a expiação, pode durar até a morte”, na literatura, Franz Kafka exprimiu isto com mestria ao escrever o romance *O Processo*, no qual o personagem, o sr. Joseph K, sofre todas as agruras dos “meios processuais” sem nem saber do que, ao menos, estava sendo acusado. Isto bastaria, por si só, para justificar a não conversão da pena restritiva de direitos, acordada na Transação Penal, em privativa de liberdade.

6.3 A constitucionalidade

O instituto da Transação Penal tem sofrido vários ataques quanto à sua constitucionalidade. Para Reale Júnior (1997, 26-28), ela ofende os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência. No entanto, Grinover (2000, 36) e Tourinho Neto (2002, 580) defendem a constitucionalidade do instituto.

Salta, porém, aos olhos, que a Transação Penal tem sede constitucional, assim como o devido processo legal, pois ambos os institutos estão previstos constitucionalmente. Ora, a mesma Constituição que no inciso LIV do art. 5º estabelece

que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal também estatuiu no art. 98, I, a existência dos Juizados Especiais Criminais, nos quais é possível a transação.

Diz, aliás, Grinover (2000, 36) que antes de configurar afronta ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório legal, representa a transação o exercício mesmo do direito de defesa, pois o autuado pode escolher entre aguardar a acusação, com a oportunidade de ser absolvido, ou atingir a uma situação mais favorável, com a Transação Penal, ou, então, aceitar de imediato a aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação. Por outro lado, também não estaria vulnerabilizado o princípio da presunção de inocência, porque, como já explicado, a aceitação da imposição imediata da pena não corresponde a qualquer reconhecimento da culpabilidade penal, tanto que a sentença proferida na Transação Penal, conforme posição do STF, é puramente homologatória, não restando, assim, nenhum resquício de condenação.

Tanto isso é verdade que, em caso de descumprimento da pena imposta, a denúncia deverá ser oferecida pelo Ministério Público, oportunizando, ao réu, toda a ampla defesa, estabelecida no rito processual da Lei 9.099/95, relativo ao procedimento da ação penal, nos Juizados Especiais Criminais.

6.4 O princípio de obrigatoriedade da ação penal e a transação penal

Conforme explicado no Capítulo 4 da Parte 1 deste estudo, há uma forte tendência, no mundo ocidental, à adoção de novos modelos de Justiça Criminal, cujos objetivos, em última análise, destinam-se a 1) evitar o exercício da ação penal; 2) abreviar o processo criminal tradicional; 3) utilizar alternativas à pena de prisão, sem a necessidade de uma sentença penal condenatória. Para tanto, são utilizadas soluções consensuais entre os atores de uma futura e incerta ação penal, no caso o Ministério Público, o suposto autor da infração e a vítima. A pena toma, então, outro caráter, deixando de ser imposta pelo Estado-Juiz para ser fruto de um acordo, homologado pelo Judiciário.

No Brasil, a Lei 9.099/95 rompeu com o modelo tradicional de processo, baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal. Na verdade, a presença quase absoluta desse princípio obrigava o Ministério Público a, diante de prova da

materialidade do crime e de indícios da autoria, oferecer a denúncia e dela não desistir, após o seu recebimento pelo Juiz, conduzindo-a até à sentença final de mérito. Sob a égide da Lei 9.099/95, o Ministério Público não é mais premido a promover a ação penal, quando se tratar de crimes de menor potencial ofensivo. Neste caso, a ação penal se rege pelo princípio da oportunidade, não a ampla e irrestrita, mas a regrada, regulada ou limitada, porque submetida ao controle jurisdicional e somente usada se a lei o permitir. Esta é a compreensão de Grinover (2000), Gomes Filho (2000), Fernandes (2000), Gomes (2000) e Tourinho Neto (2002), dentre outros.

Contudo, essa não é uma posição unânime. Há, sim, uma corrente minoritária, que não parece ser a melhor nem a mais adequada, capitaneada por Jardim (1996, 496-499) e seguida por Humberto Pinho (1998, 35), que defende que a proposta de Transação Penal é, em última análise, o próprio exercício da ação penal.

6.5 A aplicabilidade, na Justiça Estadual, da Lei 10.259/2001

A Lei 9.099/95, no art. 61, considera infrações penais de menor potencial ofensivo, para os seus efeitos, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuando os casos em que a lei preveja procedimento especial.” Já a Lei 10.259, de 12/7/01, classifica, em seu art. 2º, parágrafo único, como infração de menor potencial ofensivo, para os seus efeitos, “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Com o advento da Lei 10.259/01, duas correntes doutrinárias se opuseram em torno da aplicabilidade do seu art. 2º, parágrafo único, na Justiça Estadual. A primeira defende que o conceito mais amplo de infração penal de menor potencial ofensivo, criado pelo parágrafo único do art. 2º da nova lei deve ser aplicado aos Juizados Especiais Criminais Estaduais porque, segundo o entendimento de E. de Jesus (2001), Tourinho Filho (2001), Aras (2001) e Gomes (2002), estaria derogada a parte final do art. 61 da Lei 9.099/95.

A segunda corrente, a que se filiam, principalmente, os membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, como Maluly e Demercian (2001, 1-2), afirma que o art. 20 da Lei dos Juizados Federais não é inconstitucional. Deste modo, o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 é aplicável somente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, e o art. 61 da Lei 9.099/95 continua válido na esfera dos Juizados

Especiais Estaduais. Essa tese foi consagrada pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que fez publicar no DOE de 24.4.02, Seção I, o Entendimento Uniforme nº 12, segundo o qual a Lei 10.259/01 não se aplicava aos Juizados Especiais Estaduais. Por isso, a primeira tese levou o nome de *sistema unitário* e a segunda ficou conhecida como *sistema bipartido*.

A segunda posição veio perdendo força na doutrina, de modo que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no acórdão 70003736428-TJRS, cujo relator foi o desembargador Bueno de Carvalho, entende que correta é a tese unitária, pois que o novo limite ampliou a competência dos Juizados Especiais Estaduais. A discussão ganhava cada vez mais corpo quando o STJ, em acórdão da relatoria do ministro Felix Fischer, no RHC 12.033-MS, julgado em 13.8.02, decidiu que “a Lei 10259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois anos para a pena máxima cominada e que o artigo 61 da Lei 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um ano alterado para dois anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte”. Neste voto, percebe-se a doutrina de Gomes (2002, 18-21), segundo a qual se a fonte normativa é a mesma, o Congresso Nacional, não se pode concordar com o argumento de que o legislador quis instituir dois sistemas distintos de Juizados, um para o âmbito federal e outro para o estadual.

Na verdade, o maior argumento dos defensores do sistema bipartido é o de que a Lei 10.259/01 procurou deixar claro a sua aplicação somente ao âmbito federal, ao estabelecer, no art. 20, a vedação de sua utilização na Justiça Estadual. Tal formulação porém, não se sustenta quando se avocam os princípios da igualdade e o da retroatividade da lei penal, este, aliás, sempre favorável ao réu (art. 5º, XL, da CF). Assim, não se pode extrair dos cânones constitucionais, em particular diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que tenham sido criados dois conceitos distintos de infração de menor potencial ofensivo, sendo, portanto, acertada a posição unitária, decorrente da qual o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei 9.099/95.

6.6 Requisitos autorizadores

A Lei 9.099/95, no art. 76, §2º, estabeleceu, de modo transversal, os requisitos para a concessão do benefício, ao prevê a não admissão da proposta se ficar provado:

- I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;*
- II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;*
- III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária, e suficiente, a adoção da medida.*

A primeira das causas impeditivas - *anterior condenação, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva* - deve ser interpretada em favor do réu, ou seja, a condenação referida deve estar transitada em julgado, como defendem Grinover et alli (2000, 147). Tourinho Neto (2002, 588) tem, por sua vez, posição contrária porque, para ele, a norma da Lei 9.099/95 deve ser lida de acordo com o artigo 593 do CPP, que diz que “caberá a apelação no prazo de cinco dias: I – das sentenças definitivas de condenação...”

A melhor posição, contudo, é a defendida por Grinover (2000, 147), pois a correta interpretação é a que se adequa à Constituição Federal, a qual estabelece, no art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Para se chegar a essa conclusão, além da evidente força normativa da Constituição, nos países de sistema constitucional rígido, é preciso registrar que o Código de Processo Penal data de 1941, época de restrição de liberdades no país, sendo certo que vários de seus dispositivos estão, hoje, defasados.

A segunda das causas impeditivas - *o anterior benefício, no prazo de cinco anos* - visa à não instauração da impunidade. Como se trata de um benefício legal, o autor do fato somente poderá ter a ele direito se não tiver dele gozado nos cinco anos anteriores. Já a última das causas impeditivas – *os antecedentes, a conduta social, a personalidade do autuado, os motivos e circunstâncias indicarem não ser necessária e suficiente a Transação Penal* – deve ser considerada nos moldes do art. 77, II, do Código Penal, referente à concessão da suspensão condicional da pena.

O único dos requisitos do art. 77, II, do Código Penal que não se inclui no inciso III, do §2º, do art.76, da Lei 9.099/95, é a culpabilidade. É que esta, consoante ensina Brandão (2002, 131-132), é um juízo de reprovação pessoal a um autor de fato

típico e antijurídico que, podendo se comportar conforme o direito, prefere a ele ficar em oposição.

Assim, os antecedentes, a conduta social e personalidade são mantidos. Os antecedentes, no escólio de E. de Jesus (2002, 556), são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons, sejam maus, o que, mesmo no STF, não é matéria pacificada. Com efeito, para alguns ministros, como Moreira Alves (HC/73.394-8/SP) e Paulo Brossard (HC/70.871-4/RJ), a existência de inquéritos policiais instaurados contra um indivíduo pode, por si só, caracterizar maus antecedentes. Para outros, como Marco Aurélio (HC/73297-6/SP) e Celso de Melo (HC/73.394-8/SP), somente pode ser considerado mau antecedente a sentença penal condenatória transitada em julgado.

A posição majoritária é, no entanto, a que considera maus antecedentes a existência de diversos inquéritos policiais e ações penais, ainda que sem trânsito em julgado, o que parece mesmo a atitude mais acertada. É que considerar a segunda hipótese seria confundir maus antecedentes com reincidência e, ademais, por conduta social se deve entender o comportamento do sujeito na família, no trabalho, na vizinhança e no convívio com outras pessoas.

A personalidade do agente, por seu turno, não deve ser tomada, de acordo com Rodrigues (1995, 372), na relação entre a gravidade do fato e a socialização, pois não é certo que quanto mais grave o crime pior seja a personalidade do autuado. Na verdade, personalidade se deve ter por meio de um prognóstico sobre o respeito pelos bens jurídicos penalmente protegidos, que se espera tenha o autuado no futuro. Em outras palavras, é a perspectiva de o autuado não voltar a cometer outros fatos capitulados como crime.

6.7 A aplicação na ação penal privada

Inúmeras discussões têm sido levantadas a respeito da aplicação da Transação Penal na ação penal privativa, não sendo poucos os doutrinadores que defendem a impossibilidade, ao passo que outros advogam a completa vigência do instituto nesta situação.

A tese da impossibilidade da transação na ação penal privada é esposada por E. de Jesus (2000, 78), Bittencourt (1996, 77), Pazzaglini et alli (1996, 55). A opinião desses juristas funda-se principalmente no fato de a lei não contemplar a

hipótese de Transação Penal para a ação penal de iniciativa privada, considerando que o diploma legal menciona apenas a possibilidade da proposição da medida pelo Ministério Público. Com efeito, Pazzaglini Filho et alli (1996, 55) dizem que se o ofendido pode conceder o perdão a qualquer tempo, desistir e abandonar a ação, tornando-a perempta, isto torna o instituto em foco incompatível com a ação referida.

Na outra ponta, na defesa da aplicação do instituto na ação penal privada estão Tourinho Filho (2000, 96), Grinover et alli (2000, 137-138). Para eles, não há razão plausível para a não aplicação da Transação Penal na ação penal privada, principalmente se se levar em consideração que quem pode deduzir em juízo uma pretensão condenatória também pode transacionar a pretensão.

Essa é, sem dúvida, a melhor posição, porque atende aos princípios constitucionais da igualdade, da razoabilidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Da igualdade porque os autores de infrações de menor potencial ofensivo serão tratados de modo equânime; da razoabilidade porque restaria preservada a proporcionalidade entre a ação penal pública e a ação penal privada; do devido processo legal porque estará garantido ao autuado o benefício da lei; e da dignidade da pessoa humana porque ao autuado se assegura a opção por uma pena restritiva de direitos acordada, sem a necessidade de submissão a um processo criminal desgastante. Além disso, o STJ já decidiu, em 13.12.01, no CC 30164 /MG, que teve como relator o ministro Gilson Dipp, que “a Lei 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada”.

6.8 O rito processual

A Lei 9.099/95, no art. 76 e parágrafos, estabelece o rito processual da Transação Penal. Assim, esta se realizará na mesma audiência destinada à Composição Civil dos Danos, sendo que, se tal não prosperar, é iniciada a fase da Transação Penal propriamente dita.

Mas, em caso de Composição Civil dos Danos na ação penal pública condicionada e na ação penal privada, implicará este acerto a extinção da punibilidade por renúncia ao direito de representação e ao de queixa, respectivamente. Daí se infere

que a Composição Civil dos Danos na ação penal pública incondicionada nenhum efeito penal trará, não impedindo, assim, a Transação Penal e seu respectivo rito. Ademais, não havendo Composição Civil dos Danos na ação penal pública condicionada e na ação penal privada, independentemente desta ocorrência na pública incondicionada, passa-se à proposta da Transação Penal. É evidente, então, que na ação penal pública incondicionada o Ministério Público somente proporá a Transação Penal se não se der o arquivamento do *termo circunstanciado*.

Houve, aliás, no início da aplicação da lei, uma dúvida a respeito da possibilidade de o autuado apresentar a proposta de transação, em caso de não o fazer o Ministério Público. Porém, o STJ tem posição pacificada sobre o imbróglio, bastando ver o resultado do RESP 261570/SP, cujo relator foi o ministro Scartezzini, no qual ficou assentado que, não havendo proposta do Ministério Público, deve o juiz utilizar a faculdade estabelecida no art. 28, do CPP, ou seja, encaminhar os autos ao Procurador Geral respectivo. No entanto, feita a proposta, ela somente poderá ser homologada pelo Juiz se aceita pelo autuado e seu defensor, embora a doutrina divirja quando de discordância entre a vontade de um e outro.

Com efeito, uma Comissão de Estudos, constituída pela Escola Nacional da Magistratura, na sua 15ª conclusão, manifestou-se dizendo que “quando entre o interessado e o seu defensor ocorrer divergência quanto à aceitação de proposta de Transação Penal ou suspensão condicional de processo, prevalecerá a vontade do primeiro”, numa posição compartilhada por Grinover et alli (2000, 150) e Tourinho Neto (2002, 605). Já Pazzaglini Filho et alli (1996, 49) entendem diferentemente, pois, para eles, há necessidade da dupla aceitação, para a homologação da Transação Penal, de dupla aceitação.

Não há dúvida de que a interpretação mais condizente é a que privilegia a vontade do autuado, em virtude do fato de que este, discordando de seu defensor, poderá desconstituí-lo, ou em caso de aceitar a proposta ou recusá-la, suportará o ônus de sua atitude, posto que a pena é personalíssima. Aceita, no entanto, a proposta, o Juiz a homologará ou não, a partir da análise dos requisitos legais e constitucionais atinentes à espécie, cabendo, desta sentença, apelação, conforme o § 5º, art. 76, da Lei 9.099/95.

6.9 Considerações finais parciais

Em um Estado Democrático de Direito a restrição da liberdade deve constituir sempre uma exceção, apenas justificável para aqueles casos necessários e desde que atendidas as condições de proporcionalidade e adequabilidade da intervenção, ou seja, dentro dos critérios de intervenção mínima e demonstração de efetiva lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico.

Portanto, é de se parabenizar a iniciativa do legislador que, a partir da previsão constitucional do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, criou os Juizados Especiais Criminais, com competência para "a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade" e de "infrações penais de menor potencial ofensivo".

Ao estabelecer nova espécie conceitual no campo penal, o constituinte de 1988 previu, então, a Transação Penal, com o objetivo de propiciar uma Justiça criminal mais ágil e adequada à conjuntura social de Estado democrático. Com efeito, estes Juizados simplificam procedimentos e impedem a estigmatização do acusado pelo processo penal, que traz, em si mesmo, muitas agruras.

A instituição da Transação Penal é, na verdade, corolário dos princípios informadores do Juizado Especial Criminal, como a *oralidade*, a *informalidade* e a *celeridade*, tendo estabelecido no cenário jurídico nacional, uma verdadeira mudança na mentalidade punitiva clássica. A Transação Penal rompe, assim, com a concepção clássica tradicional de que a pena privativa da liberdade é uma panacéia, ou seja, um remédio para todos os males, o que evidentemente não é verdade.

CAPÍTULO 7

A COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS

7.1 Generalidades

Diz o art. 72 da Lei 9.099/95 que, na *audiência preliminar*, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato, a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da Composição Civil dos Danos e, em não se dando esta, da aceitação ou não da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Dessa forma, elegeu o legislador a *conciliação* como meio para a autocomposição, na qual as partes resolvem o conflito de uma maneira consensual, surgindo daí a possibilidade da solução da lide pela Composição Civil dos Danos.

Conforme Grinover (2000, 117), a conciliação pode conduzir a três formas de autocomposição: a *renúncia*, a *submissão* e a *transação*. Na renúncia, o titular da pretensão é o autor do fato, que cede, enquanto na submissão é o autuado que se curva à pretensão do autor. Na transação, há conversações bilaterais, na qual cada um cede parte de suas pretensões.

A Composição Civil dos Danos deve ser reduzida a termo e devidamente homologada pelo juiz, constituindo-se em título executivo judicial, conforme o art 584, III, do CPC. Esse título é executável nos Juizados Especiais Cíveis, nos termos do art. 3º, § 1º, II, da Lei 9.099/95, quando dentro dos limites dos 40 salários mínimos, na Justiça Estadual, e de 60 salários mínimos, na Federal.

7.2 A extinção da punibilidade na ação penal privada e na ação penal pública condicionada à representação

Segundo dispõe a Lei 9.099/95, no parágrafo único do art. 74, tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. No entanto, as ações penais privadas e as condicionadas são exceções à regra da ação penal pública incondicionada, de modo que sempre que o legislador desejar que determinado tipo penal seja processado por aquelas fá-lo-á expressamente.

Tanto é assim que o Código Penal e as leis penais extravagantes definem os casos de ação penal de iniciativa do ofendido e ações penais públicas condicionadas à representação. Daí que a prática da infração penal implica o direito de punir, que transita do plano abstrato para o concreto, surgindo, para o Estado, a prerrogativa de aplicar uma sanção penal, após, é óbvio, o devido processo legal. Quando se trata da ação penal privada, somente o ofendido pode requerer a prestação jurisdicional, enquanto nas ações penais públicas condicionadas à representação o Ministério Público apenas age provocado pela vítima.

A Composição Civil dos Danos, realizada no Juizado Especial Criminal, impede, contudo, o exercício do direito de queixa e de representação, importando, na verdade, em renúncia, instaurando-se, então, a extinção da punibilidade. Esta, como explica Tourinho Filho (1992, 514), é, na essência, uma renúncia mesmo, uma abdicação, uma declinação do direito de punir do Estado. O legislador, por meio da Lei 9099/95, alçou, então, a figura da vítima, no processo criminal, à condição de sujeito do direito.

7.3 Os efeitos na ação penal pública incondicionada

No Direito brasileiro, a ação penal pública apresenta-se incondicionada ou condicionada, ambas com o Ministério Público como autor privativo. Na ação penal pública incondicionada, que é a regra, o Ministério Público a propõe sem necessidade de manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, uma vez que os bens jurídicos protegidos são indisponíveis para o ofendido, como o é a vida, por exemplo. Assim, para essas ações não há necessidade de manifestação do ofendido ou de quem quer que seja para o seu exercício pelo Ministério Público, é mais do que lógico a nenhuma influência, sobre elas, da Composição Civil dos Danos.

Destarte, esta composição civil na ação penal pública incondicionada produzirá apenas efeitos cíveis, ou seja, uma vez acordados o autor do fato e a vítima a respeito do prejuízo e devidamente homologado esse pacto pelo juiz, faz ele coisa julgada material, não podendo ser proposta outra ação no mesmo sentido.

7.4 A Composição Civil dos Danos ambientais como requisito para a transação penal

A Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. No art. 26 desta Lei foi estabelecido que, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de transação penal somente poderá ser formulada se houver sido efetuada a prévia Composição Civil dos Danos ambientais. Diz Grinover (2000, 347) que

O caráter “reparatório” da justiça criminal, que já havia sido adotado com patente clareza na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), pode ter encontrado seu apogeu na recente Lei Ambiental (Lei 9.605/98), que, com efeito, ao cuidar dos institutos da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”, conferiu relevância ímpar à “reparação do dano.

Trata-se de novidade na legislação brasileira porque, de acordo com o artigo 26 da Lei 9.605/98, os crimes contra o meio ambiente são todos de ação penal pública incondicionada. A Composição Civil dos Danos ambientais, na sistemática desta Lei, deixa de ser causa extintiva da punibilidade, como o é nas ações penais privadas e nas ações penais públicas incondicionadas, para ter a natureza de requisito para o exercício da Transação Penal.

A punição aos crimes contra o meio ambiente procuram proteger a este em sua saúde e equilíbrio, sendo titular desse *ius puniendi* a coletividade, na forma do artigo 225 da Constituição de 1988. Mesmo que a conduta lesiva recaia sobre bem pertencente a determinado sujeito individual, este somente surge como sujeito passivo secundário ou por via reflexa, pois sujeito passivo principal permanece sendo a sociedade, titular do bem que constitui a objetividade jurídica dos crimes contra o meio ambiente descritos na Lei 9605/98.

Possui, então, legitimidade para promover o acordo, mediante legitimação ordinária, o Ministério Público. Nos crimes contra o meio ambiente o resultado ou dano ambiental produz lesão a interesse público primário indisponível, cuja defesa incumbe ordinariamente ao Ministério Público, em função da atribuição institucional constitucionalmente atribuída. Desse modo, sendo a sociedade o titular da pretensão primária de reparação dos danos ambientais, para fins de composição civil, deve ser

representada pelo Ministério Público, legitimado para a promoção da devida ação civil pública para a proteção do meio ambiente, nos exatos termos do artigo 129, III, da Constituição Federal.

Assim, ordinariamente o acordo civil, que resultará na composição dos danos ambientais, requisito para a Transação Penal, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deverá ser realizado entre o Ministério Público e o suposto autor do fato. Não o sendo feito, deverá o membro do Ministério Público oferecer denúncia, propondo a Suspensão Condicional do Processo, se for o caso, quando, então, será reaberta a possibilidade de completa reparação dos danos ambientais, posto que é condição obrigatória para o *sursis* processual a reparação do dano.

Aliás, o dano que o artigo 27 da Lei 9605/98 determina seja composto, por meio da composição civil prevista no artigo 74 da Lei 9099/95, não é o patrimonial do indivíduo. É o dano ao meio ambiente. Não é a diminuição do patrimônio de determinado bem, mas o desequilíbrio ambiental causado pela ação delituosa, que recai sobre a sociedade, e não sobre o particular individualmente considerado, falecendo, assim, legitimidade, para este de efetivar a Composição Civil dos Danos ao meio ambiente. É que o objetivo da Lei 9605/98 proteger não é o patrimônio privado, cuja tutela esta prevista nas leis civis e penais já existentes, mas o meio ambiente, que tem por titular a sociedade.

7.5 Considerações finais parciais

A Composição Civil dos Danos é mais um dos processos despenalizadores instituídos pela Lei 9.099/95, representando a aplicação do *consenso* como via de solução dos conflitos sociais. Nesta, representa a vítima um papel principal no processo, pois será o acordo com ela celebrado que resultará na extinção da punibilidade do acusado. O instituto objetiva o restabelecimento da paz jurídica, sem a necessidade de se aplicar uma pena ao infrator. Na Composição Civil dos Danos, a vítima e a sociedade sentem realizadas suas expectativas de reparação, ao mesmo tempo em que o autor do fato suporta as conseqüências de seu ato, contribuindo para a sua ressocialização, vez que encerrado o conflito com o ofendido. É a efetivação das teorias da prevenção especial e da prevenção geral sendo confirmadas, sem imposição de pena privativa de liberdade.

Por outro lado, o grande avanço proporcionado pela aplicação do instituto nos crimes de ação pública condicionada ou privada de competência dos Juizados Especiais Criminais foi a extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de representação e de queixa. Com efeito, a Lei 9.099/95 possibilitou a tentativa de conciliação acerca dos danos civis, como forma de solucionar o conflito de interesses entre autor do fato e vítima, com o objetivo claro de se evitar a ação indenizatória no Juízo cível, bem como a propositura e o desencadeamento de uma ação penal. Vê-se, assim, que o legislador, com a Composição Civil dos Danos, encaminhou soluções de questões inerentes às jurisdições cível e penal.

CAPÍTULO 8

A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

8.1 Generalidades

A Suspensão Condicional do Processo, introduzida pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, diferencia-se, por expressa menção legal, dos demais institutos nela previstos, em decorrência da especificidade de aplicabilidade: enquanto na Transação Penal e na Composição Civil dos Danos se toma como base o *máximo* da pena cominada, o instituto da suspensão baseia-se no *mínimo*. Dessa forma, aumentou-se em muito o raio de ação do que vem sendo denominado *sursis processual*, devido à larga relação de delitos cuja pena mínima, em abstrato, é igual ou inferior a dois anos. No caso do crime cuja pena mínima cominada seja superior a dois anos, mas sobre a qual incida a diminuição de 1/3 (um terço), devido, por exemplo, à tentativa (art. 14, II, do CPB), entende-se cabível o benefício, assim como no delito sobre o qual incida causa de diminuição de pena, que permite seja o **quantum** fixado abaixo do mínimo legal.

Entretanto, igual raciocínio não é válido para as circunstâncias atenuantes, cuja valoração só é fixada na sentença, haja vista que o que se considera, na suspensão processual, é a pena em abstrato, e não a pena no caso concreto. Trata-se, assim, de um critério inovador, o de estabelecer como parâmetro de aplicação do benefício processual à pena mínima, *in abstrato*, em dois anos.

Na Suspensão Condicional do Processo não há condenação nem pena aplicada em concreto, já que o objetivo é sustar o andamento do processo com o fim de evitar, em tese, uma futura condenação e a conseqüente aplicação da pena. No tradicional *sursis*, ou *suspensão condicional da pena*, o que se procura afastar é a execução da pena privativa de liberdade, ante determinadas condições que, uma vez cumpridas, terminam por fulminar a própria pena.

Apesar de uma primeira tese defender que Suspensão Condicional do Processo se trata de um direito público subjetivo, a jurisprudência do STF e a do STJ deitou uma pá de cal sobre o assunto, ao considerarem-na uma faculdade do Ministério Público, como se pode ver no acórdão da 2ª Turma do STF, exarado no HC 75441/SP (DJU 2.2.01), julgado em 17.2.98, cujo relator foi o ministro Maurício Corrêa.

Tal instituto tem, na verdade, como primordial característica o consenso, ou seja, requer a necessária aquiescência entre as partes intervenientes no processo, desde que presentes, para a sua concessão, os requisitos de ordem subjetiva e objetiva. Assim, indispensável a anuência entre o Ministério Público, o autor e a vítima, quando estes promoverem a ação, e o(s) réu(s) e seu(s) patrono(s). De outro modo, poderá o acusado, se assim o desejar, recusar, desde logo, o benefício da Suspensão Condicional do Processo, passando a responder a todos os atos, sendo que contra tal decisão, de foro íntimo, ninguém poderá legalmente insurgir-se, nem mesmo o seu advogado.

8.2 A natureza jurídica do instituto

A Suspensão Condicional do Processo envolve aspectos penais e processuais penais. Ela possui natureza penal porque se trata de uma causa extintiva da punibilidade, após o cumprimento das condições estabelecidas, sem revogação, dentro do prazo estipulado no acordo. O aspecto processual penal revela-se na suspensão do processo durante o *período de prova*, ou seja, durante o prazo de cumprimento das condições acordadas pelas partes e homologadas pelo juiz.

Esse foi o entendimento do STF no HC 74.463-0/SP (DJU, 7.3.97), julgado em 10.12.1996, cujo relator foi o ministro Celso de Mello.

A suspensão condicional do processo — que constitui medida despenalizadora — acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei n. 9.099, de 26.9.1995 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas conseqüências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção de lex mitior.

É por essa razão que a Suspensão Condicional do Processo é medida despenalizadora, no dizer de Grinover et alli (2000, 191), pois que “consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência”. Ora, em sendo medida despenalizadora, com forte aspecto penal de favorecimento, sua aplicação deve seguir o princípio da lei penal benéfica, com

incidência imediata e retroativa para o réu, em virtude do que contém o art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Desta feita, em se tratando de norma penal benéfica, aplica-se imediatamente a todos os fatos ainda pendentes de julgamento, mesmo acontecidos antes da sua vigência. Contudo, o STF, no HC 74.305-SP, que teve como relator o ministro Moreira Alves, entendeu que, condenado o réu, torna-se inviável a aplicação da Suspensão Condicional do Processo, porque já não é possível a realização do fim a que se pretende, no caso, a não prolação de sentença penal condenatória.

Mas, em relação à natureza jurídica da proposta de Suspensão Condicional do Processo, a grande questão, que foi a mesma tratada na Transação Penal (v. Cap. 2), consiste em saber se se trata de um ato discricionário do Ministério Público ou de um direito público subjetivo do acusado. A esse respeito, formaram-se duas correntes, uma entendendo ser a proposta de suspensão um ato discricionário do Ministério Público, ao passo que outra, ao contrário, diz-na um direito público subjetivo do réu, devendo, assim, o juiz concedê-la, mesmo sem a concordância do Ministério Público, desde que preenchidos os requisitos legais.

Segundo a primeira linha de pensamento, o art. 89 da Lei n. 9.099/95, ao dispor que “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo” conferiu ao membro da instituição a faculdade e não a obrigação de propor a medida, quando presentes as condições. Os defensores dessa tese fundamentam sua argumentação no art. 129, I, da Constituição Federal, que determina ser função institucional do Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública, na forma da lei. Aliás, assim se posiciona Grinover (2000, 210), que ensinam que: “a proposta de suspensão do processo, pelo que diz a lei, cabe exclusivamente ao Ministério Público [não podendo] o juiz tomar a iniciativa. [já que] não pode agir *ex officio*”.

Também pensa dessa maneira Pazzaglini Filho (1996, 97), para quem

a possibilidade de suspensão condicional do processo exige consenso entre a acusação e a defesa, dentro dos parâmetros regulados em lei. O Poder Judiciário somente pode aferir a legalidade da proposta, sob pena de ferir os princípios constitucionais do contraditório e da exclusividade da ação penal pública e afastar o ius puniendi e o ius punitonis do Estado (...). A

possibilidade de o Poder Judiciário, sem proposta do Ministério Público, conceder a suspensão estaria dando-lhe o controle sobre a ação penal pública, em clara incompatibilidade com o art. 129, I, da Constituição Federal

Esta posição foi a vencedora no julgamento, pelo STF, no HC 75.343-4/MG, de 12.11.1997, por maioria de votos, vencido o relator Octavio Gallotti, tendo sido designado para lavrar o acórdão o ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa foi assim publicada

Suspensão Condicional do Processo (Lei n. 9.099, de 26.9.1995, art. 89): natureza consensual: recusa do promotor: aplicação, mutatis mutandis, do art. 28 do Código de Processo Penal. A natureza consensual da suspensão condicional do processo - ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público - não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso. Por isso a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional de seus membros e a unidade da instituição é aquela que - uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89, caput) ad instar no art. 28 do Código de Processo Penal - impõe ao juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa do assentimento do promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.

Nesse julgamento, houve três posições distintas. A primeira, tomada pelo ministro Relator, Octávio Gallotti, acompanhado pelos ministros Néri da Silveira e Moreira Alves, era a de que o ato se caracterizava como de total discricionariedade do Ministério Público. A segunda, seguida pelo ministro Sepúlveda Pertence, voto vencedor, acompanhado dos ministros Celso de Mello, Sydney Sanches, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, foi a de que o Ministério Público de 1º grau detinha o poder discricionário de propor a Suspensão Condicional do Processo, porém o juiz, não concordando, utilizaria a faculdade do art. 28 do Código de

Processo Penal. A terceira, defendida pelo ministro Marco Aurélio, atribuía ao juiz o controle da Suspensão Condicional do Processo, o qual, motivadamente, poderia conceder o instituto em caso de o Ministério Público não propor a medida, linha de pensamento esta semelhante à dos que têm a Suspensão Condicional do Processo como um direito público subjetivo do réu.

Gomes (1996, 153), aliás, já defendeu que a Suspensão Condicional do Processo é “um direito público subjetivo do acusado, desde que preenchidos os seus requisitos legais”, e que “não foi idealizada para que o Ministério Público pudesse, doravante, ter o controle absoluto da política criminal no nosso país.” E. de Jesus (1995, 92) é da mesma opinião, ao afirmar que “o juiz, desde que presentes as condições legais, deve, de ofício, suspender o processo, cabendo recurso de apelação.” Na mesma linha está Bittencourt (1996, 124-126) ao lecionar que a suspensão processual é direito do réu, desde que atendidas as exigências da lei, com a única ressalva de que o juiz não pode agir de ofício, devendo ser, sempre, provocado pelo réu, quando não o fizer o Ministério Público.

Apesar das divergências, a matéria já está devidamente pacificada na jurisprudência pátria, em especial nas duas mais altas cortes do país, o STF e o STJ. O STJ, nesse particular, segue sem discrepar o STF, como se pode ver do teor da ementa do acórdão proferido no RESP 136.834/SP, (DJU, 1.12.97), julgado em 27.10.1997, tendo como relator o ministro José Arnaldo, que afirma que

Descabia ao v. Acórdão, ao mandar baixar os autos de apelação em diligência, reconhecer de logo ao condenado o direito à suspensão do processo, por satisfeitos os requisitos da Lei 9.099/95, sem antes abrir ensanchas ao Ministério Público para formular a proposta, dada a sua titularidade do poder de propor a medida preconizada no art. 89, desse diploma legal.

O fundamento para tal decisão é de que o juiz não pode dispor da ação penal pública, posto que o seu titular, por força constitucional, é o Ministério Público, o qual não pode nem deve ser retirado da relação processual. Jardim (1994, 63) diz que não se trata de direito público subjetivo do réu, mas de discricionariedade outorgada expressamente pelo legislador ao titular da ação penal.

8.3 A aplicação da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001

A Lei 9.099/95, no art. 89, estabelece que “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo.” A mesma Lei, no art. 61, diz que “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Ora, a Lei n. 10.259, de 12.7.2001, regulamentou os Juizados Especiais Federais, e, no art. 2º, parágrafo único, definiu como infração de menor potencial ofensivo, para os seus efeitos, “os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. A partir dela, duas correntes doutrinárias se opuseram em torno da aplicabilidade do art. 2º, parágrafo único, na Justiça Estadual (v. Cap. 2).

A primeira defende que o conceito mais amplo de infração penal de menor potencial ofensivo, criado pelo parágrafo único do art. 2º, da nova lei, deve ser aplicado aos Juizados Especiais Criminais Estaduais. É este, aliás, o entendimento de E. de Jesus (2001, 1) e Gomes (2002, 1), o de que o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 derogou a parte final do art. 61 da Lei 9.099/95.

A segunda corrente, defendida principalmente pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, afirma que o art. 20 da Lei dos Juizados Federais não é inconstitucional; de modo, que o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 é aplicável somente no âmbito dos Juizados Especiais Federais e o art. 61 da Lei 9.099/95 continua válido na esfera dos Juizados Especiais Estaduais. Essa tese foi consagrada pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que fez publicar, no DOE de 24.4.02, Seção 1, o Entendimento Uniforme n. 12, segundo o qual a Lei 10.259/01 não se aplicava aos Juizados Especiais Estaduais. A primeira tese levou o nome de Sistema unitário e a segunda ficou conhecida como sistema bipartido.

O sistema bipartido veio perdendo força na doutrina de tal forma que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no acórdão 70003736428-TJRS, cujo relator foi o Des. Amilton Bueno de Carvalho, entendeu como correta a tese unitária, pela qual o novo limite ampliou a competência dos Juizados Especiais Estaduais. A discussão

ganhava cada vez mais corpo, quando o STJ, em acórdão da relatoria do ministro Felix Fischer, no RHC 12.033-MS, decidiu que a

Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Dai que o artigo 61 da Lei no 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte. Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo.

No voto do ministro Félix Fischer há citação doutrinária de Gomes (2002, 1), segundo a qual se a fonte normativa é a mesma, não se pode concordar com o argumento de que o legislador quis criar dois sistemas distintos de juizados, um para o federal e outro para o estadual.

O maior argumento dos defensores do sistema bipartido é o de que a lei 10.259/01 procurou deixar claro a sua aplicação somente ao âmbito federal, porém tal fundamento não se sustenta quando sobre ela recai o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, CF) e o princípio da retroatividade da lei penal favorável ao réu (art. 5º, XL, CF). Ora, não se pode extrair dos cânones constitucionais, em particular em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que tenham sido criados dois conceitos distintos de infração de menor potencial ofensivo, restando, portanto, correta a compreensão de que o art. 20, parágrafo único, da Lei 10.259/01 derogou o art. 61 da Lei 9.099/95.

É legítima, assim, a posição do STJ, ao dilatar o âmbito de aplicação da Suspensão Condicional do Processo, em face dos novos rumos adotados pela Lei 10.259/2001, ampliando, sobretudo, o campo do consenso no Direito Penal, em busca da não aplicação da pena privativa da liberdade.

8.4 Requisitos de admissibilidade

O art. 89, *caput*, da Lei 9.099, de 26.9.1995, estabelece os requisitos possibilitadores para a concessão da Suspensão Condicional do Processo penal. São

eles: 1) a não existência de processos contra o réu; 2) a não existência de condenação por outro crime; 3) a presença dos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, CPB).

Em relação ao primeiro dos três requisitos – inexistência de processos contra o réu - foi estabelecida uma certa polêmica, pois, para alguns, a exigência legal de que o réu não esteja sendo processado por outra infração penal é inconstitucional, em decorrência do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Nessa trincheira estão Gomes (1997, 288-289), Lopes e Figueira Júnior (2000, 707). Para Mirabete (2000, 275), no entanto, não há inconstitucionalidade no requisito do art. 89, pois, para o autor, o princípio da presunção de inocência não impossibilita a lei de fazer exigência várias para a concessão ou manutenção de direitos ou benefícios.

O fundamento para a primeira tese é a de que, antes da sentença penal condenatória, presume-se a inocência do réu, devendo ele ser tratado da mesma forma que qualquer outra pessoa não processada. Gomes Filho (1989, 71) a esse respeito diz que

a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação.

Esta tese, no entanto, não logrou êxito nos nossos tribunais pátrios, tanto que o STJ e o STF atestaram a validade da norma. Com efeito, o STJ no RESP 303075/SP (DJU, 3.6.2002), julgado em 16.04.2002, tendo como relator o ministro Gilson Dipp, assim assentou

O fato de o paciente estar respondendo a outro feito criminal contraria o art. 89 da Lei 9.099/95, que prevê a inaplicabilidade da suspensão condicional do processo ao acusado que esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro delito.

O STF, na mesma linha, ao julgar o HC 73793/PR (DJU, 20.9.96), julgado em 11.06.1996, cujo relator foi o ministro Maurício Correa, pontificou

1. Para que se verifique o direito ao benefício da suspensão do processo, por dois a quatro anos, a pena mínima cominada há de ser igual ou inferior a um ano, além de seu eventual beneficiário não poder estar respondendo a processo ou não ter sido condenado por outro crime (artigos 61 e 89 da Lei 9.099/95). 2. Caracterizado que a paciente responde a ação penal pendente de recurso e ao outros processos, não lhe socorre o benefício da suspensão do processo nos moldes pretendidos.

Destarte, vitoriosa é a tese de que o primeiro requisito contido no art. 89 da Lei 9.099/95 não é inconstitucional. Já o segundo requisito do art. 89, da Lei 9.099/95, diz respeito à ausência de condenação por outro crime, sendo ele mais abrangente que a simples exigência da não reincidência, já contida no art. 77 do Código Penal como um dos requisitos para a não concessão da suspensão condicional da pena.

Pela regra do art. 89 da Lei 9.099/95, quem foi uma vez condenado não terá direito à Suspensão Condicional do Processo, mesmo que tenha havido a prescrição da reincidência e não importando seja o crime anterior culposo ou doloso. É que ocorrendo condenação, impedida está a concessão da suspensão processual pela segunda infração penal. Porém, por se referir a lei, expressamente, à condenação por outro crime, será permitida a suspensão condicional da pena, em caso de contravenção.

A condenação à pena de multa, contudo, não gera reincidência, decorra ela de crime doloso ou culposo, na forma decidida pelo STJ, no HC 7749/RJ, (DJU, 15.10.1998), julgado em 23.11.1998, relatado pelo ministro Felix Fischer, de cuja ementa se extrai que “*a anterior condenação por crime à pena de multa não é óbice à concessão do sursis processual.*”

Por fim, têm-se os requisitos que permitem a suspensão condicional da pena (art. 77, do Código Penal). Estabelece, com efeito, o art. 77, do Código Penal, que o *sursis* somente será concedido se 1) o condenado não seja reincidente em crime doloso; 2) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício; e 3) não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CPB.

Os dois primeiros itens aplicam-se perfeitamente à Suspensão Condicional do Processo, mas o terceiro não, porque somente o pode ser se efetivamente houver uma

condenação do réu a uma pena privativa de liberdade, o que não é o caso do *sursis* processual. É que a reincidência, primeiro dos requisitos do art. 77 do Código Penal, é englobada pela não condenação anterior por outro crime, constante do *caput* do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Na verdade, o que se extrai, como novidade, são as chamadas condições pessoais do réu: culpabilidade, motivos e circunstâncias do fato. Assim, será impeditivo para a concessão da Suspensão Condicional do Processo a presença de antecedentes criminais, personalidade voltada para o crime e a elevada reprovação social decorrente da conduta criminosa, se for grave, esta.

8.5 O rito

Em primeiro lugar, é preciso registrar que em relação a quem deve propor a suspensão processual há uma controvérsia, com divergências na doutrina e na jurisprudência quanto a ser ou não o instituto um direito público subjetivo do réu.

Segundo Folgado (2002, 85), preenchidas as exigências do art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95, tem o réu o direito à suspensão do processo penal. Não significa, a proposta de suspensão processual, um poder discricionário do Ministério Público, pois a regra, na legislação pátria, é o princípio da obrigatoriedade, de modo que tanto na Transação Penal quanto na Suspensão Condicional do Processo o princípio vigente é o da oportunidade regrada, e não o da oportunidade pura, como no direito dos Estados Unidos. Por esse entendimento, além do Ministério Público, caberia também ao juiz indagar ao réu e a seu defensor se concordam com a suspensão do processo e com o cumprimento das condições legais e judiciais estabelecidas.

Tal entendimento, contudo, foi simplesmente soterrado pela jurisprudência do STJ e do STF, bem como pela maioria dos doutrinadores brasileiros. É que a Suspensão Condicional do Processo é, na essência, uma espécie de Transação Penal, na qual a lei estabelece que o Ministério Público propõe, o acusado aceita e o juiz suspende. Isso porque o art. 129, I, da Constituição Federal confere ao *Parquet* a iniciativa exclusiva da ação penal.

O STJ, julgando o EDRESP 154.516 – SP, (DJU, 19.2.01), relatado pelo ministro Felix Fischer, julgado em 13.12.2000, decidiu que “o juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, ex vi art. 89 da Lei nº 9.099/95, c/c os arts. 129,

inciso I da Carta Magna e 25, inciso III da LONMP, que venha a oferecer o sursis processual ex officio ou a requerimento da defesa.”

Havia, porém, uma questão duvidosa, que era a divergência entre o Juiz e o Ministério Público quanto à proposta. Para a primeira tese a de que a Suspensão Processual é um direito público subjetivo do réu, o juiz a concederia mesmo sem a anuência do promotor de Justiça. Tal entendimento, no entanto, foi derrotado nos tribunais, como se vê da continuação da ementa do acórdão citado: “A eventual divergência entre o órgão de acusação e o órgão julgador acerca da concessão do sursis processual se resolve, na hipótese de recusa de proposta, pela aplicação do mecanismo previsto no art. 28 do C.P.P. (precedentes do Pretório Excelso e do STJ).”

Na doutrina esse posicionamento é quase unânime. Como se pode observar, a título de exemplo a posição de Jardim (1996, 4), ao explicar porque o juiz não poderia de ofício conceder a suspensão do processo, diz que

*primeiro, porque estaria dispondo do que não tem: o direito de ação; segundo, porque estaria impedindo que o titular do direito de ação – que tem natureza constitucional – continue a exercê-lo, porque estaria excluindo o Ministério Público da própria relação processual penal, destruindo a **actum trium personarum**, próprio do sistema acusatório.*

No mesmo sentido, posicionam-se Toron (1995, 6), Silva (1995, 17), Grinover et alli (2000, 290-291), sendo este, hoje, o entendimento majoritário na doutrina. Assim, apresentada a proposta pelo Ministério Público passa-se à fase da aceitação ou não pelo réu, que tem assegurado a livre manifestação da vontade, primordial para o novo modelo de Justiça consensual. Depois de o juiz receber a denúncia, designa audiência de conciliação, na qual devem estar presentes o magistrado, a parte acusadora e o réu, acompanhado de seu advogado.

Para esse ato é necessária a intimação do defensor constituído do réu, pois, se isso não se der, há o cerceamento de direitos do acusado, o que poderá acarretar nulidade do feito. Pelo menos assim decidiu o STJ no HC 7.225/DF (DJU, 8.3.99), julgado em 28.05.1998, relator o ministro Vicente Leal, de cuja ementa se extrai que “da audiência em que se homologa a proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, pela sua relevância, pois consubstancia verdadeira

transação, deve ser intimado o defensor do réu, regularmente constituído, sob pena de nulidade do mencionado ato processual.”

O acusado, porém, não está obrigado a aceitar a proposta da suspensão processual. É que a recusa não lhe acarreta nenhuma sanção, a não ser o normal prosseguimento do feito (interrogatório, defesa prévia e demais atos).

É possível, ainda, o arrependimento da recusa manifestada na audiência de conciliação, embora não haja, para isto, previsão legal. Para Folgado (2002, 117-118), no entanto, a retratação só é possível antes de iniciados os atos instrutórios, isto é, antes do interrogatório. Entende o jurista que, iniciados os atos instrutórios, não será mais cabível a retratação, pois o réu seria estimulado a recusar a proposta na audiência de conciliação a fim de aguardar a produção de provas em juízo e aceitá-la apenas se estas lhe forem desfavoráveis.

Essa, porém, não é a melhor posição, já que a suspensão do processo é medida despenalizadora, cujo interesse não é saber da culpabilidade ou não do réu, mas evitar o processo, de modo que o melhor entendimento é o que permite a retratação da recusa da Suspensão Condicional do Processo até antes da sentença penal. o mesmo deve acontecer no caso de desclassificação da imputação para uma que admita a Suspensão Condicional do Processo. Assim, por não ter sido possível a proposta de suspensão no início do processo, e sendo o instituto um direito do réu, torna-se possível a realização de audiência de conciliação após a instrução probatória.

8.6 A extinção da punibilidade

Após o cumprimento das condições e decorrido o prazo de suspensão do processo sem haver decisão judicial revogando o benefício, ocorre a extinção da punibilidade da infração praticada pelo acusado.

A Lei 9.099/95, ao prever a Suspensão Condicional do Processo criou mais uma causa extintiva da punibilidade, relacionada ao cumprimento das condições depois do período de prova, sem revogação do benefício. O simples decurso e prazo acarreta a extinção da punibilidade, sendo a sentença extintiva meramente declaratória e não constitutiva. É, com efeito, o que se depreende do § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 que reza que “expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade.”

Destarte decorrido o período da prova, tem o réu direito à declaração da extinção de sua punibilidade. Por essa razão, antes de o juiz decidir sobre a extinção da punibilidade, deve o Ministério Público diligenciar, requerendo a juntada da folha de antecedentes do acusado, a fim de saber se houve condenação por outro crime, por exemplo. Tal atitude deve ser tomada previamente, para evitar que se descubra, após o trânsito da decisão que declarar a extinção da punibilidade, alguma causa ou que enseje a revogação do benefício ou a sua prorrogação. Portanto, se constatada alguma causa apta a revogar ou prorrogar a suspensão processual, deve o Ministério Público requerer ao Juiz que assim o faça.

Extinta a punibilidade, não decorre disso nenhum efeito penal. Não pode, por exemplo, ser o processo em causa tomado como indício de maus antecedentes do acusado em relação a outro, nem impedir a concessão de qualquer outro benefício legal, como a Transação Penal, ou nova suspensão processual, ou suspensão condicional da pena, etc.

É relevante registrar, por fim, que em relação à Suspensão Condicional do Processo não há previsão de lapso temporal que fica impeça uma nova concessão do benefício, como é o caso estipulado para a Transação Penal (art. 79, § 4º, Lei 9.099/95).

8.7 Considerações finais parciais

É inegável a modificação trazida pela Lei 9.099/95 no sistema penal brasileiro, ao permitir a Justiça Criminal consensual, baseada na desnecessidade da aplicação da pena privativa da liberdade como meio de prevenção do crime e ressocialização do acusado.

Um dos fundamentos do instituto é evitar a pena privativa de liberdade de curta duração. Este fundamento é corolário do princípio da proporcionalidade no direito penal, segundo o qual não basta que o autor de fato definido como crime seja culpável, mas também que a gravidade da pena seja proporcionada à infração cometida.

Isso, porque em um Estado Democrático de Direito a pena não deve assumir unicamente o caráter retributivo. A adoção do instituto disponibiliza uma medida alternativa à prisão, sem, contudo, retirar o caráter ilícito da conduta. Esse é um moderno processo despenalizador baseado no *consenso*, no princípio da oportunidade e

visa mais a ressocialização do que o mero castigo, tão comum no Direito Penal medieval.

O instituto tem uma maior amplitude do que a Transação Penal, porque atinge, também, a média criminalidade, principalmente depois do advento da Lei 10.259/01, que interpretada pelos tribunais, estendeu a Suspensão Condicional do Processo aos crimes cujas penas mínimas sejam iguais ou inferiores a 2 anos.

São, aliás, inúmeras as vantagens da Suspensão Condicional do Processo, sendo a principal delas a ausência da instrução criminal e da sentença, o que tem, como consequência, a não inclusão do beneficiado no rol dos culpados e o afastamento da reincidência e dos antecedentes criminais. Evita-se, dessa forma, a estigmatização do processo, com todos os seus inconvenientes.

Não se deve, no entanto, encarar a Suspensão Condicional do Processo como um simples benefício concedido ao acusado. Trata-se, como já se frisou, de uma resposta estatal, cuja intensidade encontra-se delimitada por lei, direcionada ao suposto autor de uma infração penal. Em consequência disso, atendidas as exigências legais, tem o acusado o direito de que esta resposta penal mais branda lhe seja aplicada, em substituição à mais gravosa, que é a pena privativa de liberdade.

A medida traz, também, o desafogamento das Varas da Justiça Criminal, uma vez que não há reprodução dos fatos e o acusado não é submetido ao vexame do processo.

CAPÍTULO 9

DISCUSSÃO DOS DADOS DA PESQUISA DE CAMPO

9.1 Aplicação referente à Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais de Teresina, Estado do Piauí

Foi realizada em Teresina, Capital do Piauí, uma pesquisa de campo em quatro Juizados Especiais Criminais, na qual foram considerados três fatores: 1) a quantidade de termos circunstanciados lavrados; 2) a quantidade de transações penais efetivadas; 3) a quantidade de composições civis também efetivadas, dados esses relativos ao período de 1998 a 2002. Nas tabelas abaixo, vêm-se os resultados da garimpagem, nada fácil porque os juizados não mantêm fichas cadastrais possibilitadoras de um levantamento mais profícuo. Esclareça-se que esses dados foram colhidos em dezembro de 2002 pelos estudantes de Direito da Universidade Federal do Piauí que cursaram, à época, a disciplina Processo Penal I, ministrada pelo autor deste estudo.

TABELA 1
TERMOS CIRCUNSTANCIADOS (TC), TRANSAÇÕES PENAIS (TP) E
COMPOSIÇÕES CIVIS DOS DANOS (CCD)

JURISDIÇÃO ANOS	JUIZADO ESPECIAL ZONA CENTRO			JUIZADO ESPECIAL ZONA SUDESTE			JUIZADO ESPECIAL ZONA NORTE			JUIZADO ESPECIAL ZONA SUL			TOTAL		
	TC	TP	CCD	TC	TP	CCD	TC	TP	CCD	TC	TP	CCD	TC	TP	CCD
1998	110	31	56	154	92	62	95	1	42	142	71	43	451	195	203
1999	140	27	61	159	95	64	78	3	73	102	51	31	480	176	229
2000	100	23	47	173	103	70	85	4	78	90	45	27	448	175	222
2001	116	34	58	186	111	75	90	5	83	114	57	35	506	207	251
2002	109	19	45	146	87	59	271	10	246	154	177	47	680	293	307
TOTAL	575	¹³⁴	267	815	488	330	570	23	522	602	401	183	²⁵⁶⁵	¹⁰⁴⁶	1303

FONTE: Pesquisa direta nos autos dos feitos, em dezembro de 2002, relativa ao período 1998 a 2002.

Conforme se pode verificar, praticamente a metade dos termos circunstanciados lavrados pela polícia, no período de 1998 a 2002, não chegaram a se transformar em ação penal, uma vez que se deu, antes, a *Transação Penal*, o que demonstra a real efetividade da norma geradora da possibilidade de consenso na Justiça Penal. Com efeito, se considerado o total de infrações no período que chegaram aos Juizados (2.565) e o de transações penais efetivadas (1044), depreende-se que o consenso, concretizado na *Transação Penal*, impediu a transformação de quase metade dos termos circunstanciados em ações penais.

Ao considerar o total de composições civis realizadas (1.302), chega-se igualmente à conclusão de que o consenso, *por meio da Composição Civil dos Danos*, evitou que mais da metade dos termos circunstanciados se tornassem, também, em ações penais.

Tomando-se, então, os dados referentes à *Transação Penal* e à *Composição Civil dos Danos*, deduz-se que, do cômputo geral dos termos circunstanciados lavrados no período (2.565), a aplicação de ambos os institutos, em somatória, possibilitou que 2.346 ações penais não fossem ajuizadas, o que representa **91,46%** do total de tais termos. Ou seja, se levada em conta tanto a *Transação Penal* quanto a *Composição Civil dos Danos*, tem-se que *quase a totalidade* dos termos circunstanciados lavrados não evoluíram para ações penais, com várias conseqüências benéficas disso advindas (desatulhamento da Justiça Comum, celeridade das decisões, etc) incidindo sobre os interessados, o Judiciário e a sociedade.

9.2 Aplicação referente à Suspensão Condicional do Processo no Setor Criminal da 2ª Vara da Justiça Federal, no Estado do Piauí

A partir da experiência pessoal do autor, na qualidade de Juiz Federal de uma Vara da Seção Judiciária do Piauí, fez-se uma análise da influência da Lei 9.099/95, em especial da Suspensão Condicional do Processo, na aplicação da pena privativa da liberdade na Justiça Federal, no Estado do Piauí. Os períodos escolhidos foram o ano anterior à edição da Lei 9.099/95 (1994) e o ano da sua vigência (1995), a fim de delimitar, nesse tempo, a aplicação do instituto.

Levantou-se, então, na Secretaria, no Setor Criminal, no período entre janeiro de 1994 a setembro de 1995, as condenações de acusados por crimes cujas penas mínimas, em abstrato, fossem iguais ou inferiores a um ano, chegando-se a um total de 11 condenados. Depois, fez-se um apanhado das condenações ocorridas no mesmo período, incluindo-se aquelas cujas penas mínimas, em abstrato, fossem maiores do que 1 (um) ano, alcançando-se um total de 39 (trinta e nove) condenações.

TABELA 2
CONDENAÇÕES E PENAS IMPOSTAS

Penas	Condenações	%
Até 1 (um) ano	11	22
Acima de 1 (um) ano	39	78
Total	50	100

FONTE: Pesquisa direta no Setor Criminal de uma Vara da Justiça Federal, no Estado do Piauí, relativa ao período de janeiro de 1994 a setembro de 1995

Depois, a partir de 26 de setembro de 1995, quando a Lei 9.099/95 passou a ser aplicada, fez-se um levantamento, até dezembro de 1997, relativo aos *processos suspensos condicionalmente*, cuja acusação era a prática de crimes com pena mínima, em abstrato, igual ou inferior a 1(um) ano, chegando-se a um total de 15 beneficiados. Nesse mesmo período, verificou-se que o total de pessoas condenadas a penas acima de 1 (um) ano atingiu o total de 42.

TABELA 3
CONDENAÇÕES E SUSPENSÕES CONDICIONAIS DO PROCESSO (SCP)

Condenações e benefícios	Quantidades	%
Condenações a penas superiores a 1 ano	42	74,64
Beneficiados com SCP	15	26,36
TOTAIS	57	100

FONTE: Pesquisa direta no Setor Criminal de uma Vara da Justiça Federal, no Estado do Piauí, relativa ao período de setembro de 1995 a dezembro de 1997

Verifica-se, assim, que a Suspensão Condicional do Processo contribuiu, efetivamente, para que 15 pessoas, de um total de 42, deixassem de ser condenadas sob a acusação da prática de crimes, o que representa 26,32%, de um universo que engloba condenados e beneficiados.

9.3 Considerações finais parciais

Os dados da pesquisa de campo demonstram a efetiva contribuição das medidas despenalizadoras, trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.099/95, como a Transação Penal, a Composição Civil dos Danos e a Suspensão Condicional do Processo, na drástica diminuição do volume de ações penais e, em consequência, na quantidade de aplicação da pena privativa da liberdade. Trata-se, na verdade, da comprovação empírica de que essas medidas são mesmo alternativas eficazes à prisão, nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, reservando ao Direito Penal tradicional apenas os delitos de mais gravidade.

A experiência da Justiça Federal no Piauí, trazida à baila, retrata bem a importância da aplicação da Suspensão Condicional do Processo. Com efeito, no curto período de dois anos, mais de 26,36 % dos acusados pesquisados deixaram de ter contra si uma sentença criminal, o que imporia amplos reflexos negativos nas suas vidas pessoal e profissional.

CONCLUSÃO

Discute-se, na doutrina, se a finalidade da pena é retributiva, preventiva especial, preventiva geral negativa ou preventiva geral positiva. É retributiva a pena, segundo Kant (1960), porque visa ao mero castigo, a pena tem um fim nela mesma. É preventiva especial, conforme v. Listz (1989), pois o seu objetivo é a ressocialização do apenado. A pena tem como finalidade a prevenção geral negativa, ou seja, a ameaça da pena exerce uma *coação psicológica* na comunidade, evitando a prática de novos crimes, este é o pensamento de Feuerbach (1989). Ou, ainda, tem como fim o restabelecimento da norma, Jakobs (1997) e Roxin (1997), e, assim, a aplicação da pena garante a confiança no sistema.

Seja qual for a posição adotada, o Direito Penal não pode e nem deve servir para a solução de todos os conflitos. Em um Estado Democrático de Direito, a pena, em especial a privativa de liberdade, somente deve ser aplicada se for adequada, necessária e proporcional. A intervenção do Direito Penal, pelo princípio da proporcionalidade, apenas se justifica quando outros meios menos gravosos não são suficientes para a solução do conflito. Constitui-se em uma ofensa ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana a aplicação do Direito Penal quando se protegem, por outros meios, os bens jurídicos com melhor eficácia.

Com efeito, a pena deve ser a última, dentre todas as medidas protetoras, a ser utilizada, somente sendo esta considerada quando outros meios falharem, denominadamente, as sanções civis, as sanções administrativas etc. Em razão de seu caráter subsidiário e fragmentário, o Direito Penal é denominado a *ultima ratio*. Aliás, a subsidiariedade e a fragmentariedade se constituem em dois princípios, derivados do princípio da proporcionalidade, que limitam o poder punitivo estatal. Significam que o Direito Penal não deve aplicar sanções a todas as condutas, mas unicamente àquelas de maior danosidade social.

Por essas razões, é patente o aumento cada vez maior do *espaço de consenso* na solução dos conflitos penais nos diversos países, em particular os de cultura jurídica ocidental. O *modelo consensual de justiça penal* aplica-se, nas democracias ocidentais, geralmente, no âmbito da pequena e média criminalidade. Assiste-se, no mundo, a um aumento da criminalidade, principalmente a relativa a pequenas infrações. Criaram-se, assim, as condições objetivas para a existência de mecanismos no interior da Justiça

Penal, que sirvam de aliviadores da quantidade de processos em tramitação, incontestável que é a enorme desproporção entre a capacidade de resolução da jurisdição penal e o crescente fenômeno da delinquência.

A Criminologia e a Política Criminal, dentre outras ciências, vêm, por um lado, demonstrando a nocividade do contato dos acusados com a Justiça Penal ordinária, em especial com a perspectiva de processos demorados e da pena privativa da liberdade, que trazem efeitos cada vez mais danosos a eles e à sociedade. O modelo consensual de Justiça Penal dá a possibilidade, ao autor da infração, de evitar um julgamento pelo juiz singular, o que acontece por meio de um penoso processo, proporcionando, ao contrário, uma resolução do conflito de maneira menos dolorosa. Com efeito, o modelo consensual proporciona ao acusado a interação no discurso punitivo do Estado, no sentido de motivá-lo a desenvolver, no seu íntimo, uma conscientização para um comportamento conforme os ditames legais.

Isto resulta, por outro lado, na proteção da sociedade pois, ao afastar-se o suposto autor da infração do pernicioso contato com o sistema formal de Justiça Penal, dá-se um passo no sentido de contrariar o efeito multiplicador de criminalidade, por excessiva intervenção repressiva estatal, contribuindo-se, desse modo, para a manutenção da delinquência em níveis socialmente compatíveis.

Acrescente-se que o modelo consensual de Justiça Penal, aliado a outros meios de desjurisdicização, proporciona uma desejável celeridade e economia processuais que, no atual e em face da massificação do crime, assumem uma importância mais que fundamental. Ademais, o modelo consensual demonstra-se também útil no que respeita aos interesses da vítima, o que se dá, principalmente, pela reparação dos danos, localizada em todos os institutos. Assim, Transação Penal, Composição Civil e Suspensão Condicional do Processo, além de evitar o enfrentamento, pela vítima, do tortuoso caminho das instâncias formais e informais de reação ao crime.

A partir de tais premissas, o legislador brasileiro, sob o prisma constitucional, estabeleceu um novo modelo de Justiça Criminal, por meio da utilização dos institutos da Transação Penal, da Composição Civil dos Danos e da Suspensão Condicional do Processo. Inspirado no modelo anglo-saxônico de Justiça Penal, mais precisamente no *plea bargaining system*, porém dele diferente, e na esteira de idênticas soluções encontradas nos sistemas de países da família romano-germânica, o legislador

processual penal brasileiro, por razões de política criminal, concedem um espaço de oportunidade regrada no exercício da ação penal. De fato, a Lei 9.099/95, fruto da aplicação do art. 98, I, da Constituição Federal, estabeleceu um espaço de consenso para a solução dos conflitos penais, por meio dos institutos referidos.

A Transação Penal é um instituto novo (nada há de similar no Direito brasileiro), no qual não se discute a culpabilidade do autuado e não se gera, assim, a responsabilidade civil. A *aplicação imediata* da pena não privativa da liberdade, antes mesmo do oferecimento da denúncia, significa um rompimento com o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*. Por tais razões, a sentença proferida na Transação Penal possui natureza jurídica homologatória, porque se desse modo não fosse, restaria quebrado o sistema acusatório. Daí que, em caso de descumprimento do acordo celebrado, não é possível a conversão da pena restritiva de direitos em privativa da liberdade, devendo o Ministério Público apresentar a denúncia pelo procedimento sumaríssimo.

A Transação Penal rompeu, como se vê, com o modelo tradicional do processo, baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal. Neste caso, a ação penal se rege pelo princípio da oportunidade, não a ampla e irrestrita, mas a regrada, regulada ou limitada, porque submetida ao controle jurisdicional e somente usada se a lei o permitir. Ademais, não há dúvida quanto à constitucionalidade do instituto, porque a própria Constituição Federal previu no art. 98, I, a existência dos Juizados Especiais Federais, nos quais é possível a transação. Antes, pois, de representar ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, representa esse instituto o exercício mesmo do direito de defesa, cabendo ao autuado escolher entre o processo e a Transação Penal.

Dessa forma, é perfeitamente aplicável a Transação Penal na ação penal privada, atendendo aos princípios da igualdade e da razoabilidade, aquele porque os autores de infrações penais de menor potencial ofensivo serão tratados de modo equânime, e este porque restaria preservada a proporcionalidade entre a ação penal pública e a ação penal privada. Além disso, com o advento da Lei 10.259/01, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que o art. 61 da Lei 9.099/95 restou derogado, sendo, agora, de dois anos o limite para a aplicação da Transação Penal às infrações referidas.

Por sua vez, se houve, a Composição Civil dos Danos, em se tratando de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação, importando em extinção da punibilidade, já que na ação penal pública incondicionada, esta Composição produzirá apenas efeitos cíveis. Na verdade, a Lei 9.099/95 instituiu a Composição Civil como forma de solucionar o conflito de interesses entre autor do fato e vítima, com o objetivo claro de evitar não só a ação indenizatória no Juízo Cível, mas também a propositura e o desencadeamento da própria ação penal.

Já a Suspensão Condicional do Processo é um instituto diferenciado dos demais, em decorrência da especificidade de sua aplicabilidade. É que, enquanto na Transação Penal e na Composição Civil dos Danos se toma como base o máximo da pena cominada, a Suspensão baseia-se no mínimo, além do que nela não há condenação nem pena aplicada em concreto, uma vez que o objetivo é sustar o andamento do processo, com o fim de evitar em tese, uma futura condenação e a conseqüente aplicação da pena. A isto se some o fato de que o instituto é medida despenalizadora, com forte aspecto penal de favorecimento, consistindo, em essência, numa forma de defesa em que o acusado não contesta a acusação, mas não reconhece a culpa.

Infelizmente, a Suspensão Condicional do Processo, não é tida, de acordo com a jurisprudência dominante, como um direito público subjetivo do réu, mas um ato discricionário do Ministério Público, cabendo unicamente ao Juiz, em caso de discordar do não oferecimento da proposta, remeter os autos ao Procurador Geral, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal. Saliente-se ainda que, da mesma forma que na Transação Penal, a Lei 10.259/01 ampliou o espaço de aplicação da Suspensão Condicional do Processo na Justiça Estadual e Federal, alterando a possibilidade da proposta para os crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a dois anos.

O instituto da Suspensão Condicional do Processo pode ser aplicado a todas as infrações penais, sejam crimes, sejam contravenções. É possível tal aplicação tanto na ação penal pública quanto na privada e em todos os procedimentos especiais da Justiça Comum ou Especializada, salvo os casos concernentes à Justiça Militar, consoante o disposto na Lei 9.839/99.

Não se deve, porém, encarar a Suspensão Condicional do Processo como um simples benefício concedido ao acusado. Trata-se, como já se frisou, de uma resposta estatal, cuja intensidade se encontra delimitada por lei, direcionada ao suposto

autor de uma infração penal. Em consequência disso, se atendidas as exigências legais, tem o acusado o direito de que esta resposta penal mais branda lhe seja aplicada, em substituição à mais gravosa, que é a pena privativa de liberdade. É inegável, aliás, que o instituto enseja o oferecimento de uma resposta do Estado adequada às infrações de pequena e média gravidade, sem a necessidade de se recorrer à prisão, caso em que as condições legais e judiciais impostas, em comum acordo com o acusado, substituem, com eficiência, a sanção penal.

Tudo isso representa uma mudança de mentalidade, que rompe com os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal. Há, agora, uma integração entre o Juiz, o Ministério Público e os advogados, os quais, cada um em sua função, buscam soluções possíveis de evitar a prisão e o próprio processo penal, pela utilização da Lei 9.099/95 e aplicação dos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Por outro lado, a participação do acusado no acordo, aceitando a pena a ser imposta, evita o drama e a angústia pessoal do juiz de ser obrigado a aplicar uma pena que, muitas vezes, não satisfaz nem ao acusado e nem à sociedade.

As ferramentas estão, portanto, postas à disposição dos operadores do Direito. Utilizá-las é, sem dúvida, caminhar no sentido da construção de uma nova e mais eficiente Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANDAMENTO DAS PENAS. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 3 out. 1999. Primeiro Caderno, Editorial, p. 2.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

ANTÓN, Tomás S. Vives; REDONDO, M. Jiménez. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant to Blanch, 1996.

ARAS, Vladimir. *A nova definição de infrações de menor potencial ofensivo e sua extensão aos Juizados Criminais Estaduais*. Disponível em: <<http://www.Ibccrim.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2001.

ASÚA, Juan Jiménez de. *Lecciones de Derecho penal*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, César. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

_____. *De los delitos y de las penas*. Madri: Alianza, 1998.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo penitenciário de 1995*. Brasília: Imprensa Nacional, 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo penitenciário de 2002*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 14 nov. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Conan, 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2001.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Processo criminal*. Coimbra: Almedina, 1954.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1988-89.

_____. Para uma reforma global do processo penal português: da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: _____. *Para uma nova Justiça penal*, Coimbra: Almedina, 1996.

DIEGO DÍEZ, L.A. de. Alguns assuntos sobre la “plea bargaining” de los U.S.A. *Justicia*, Madri, n. 4, p. 944, 1989.

DOTTI, René Ariel Dotti. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: RT, 1998.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Bureau of Justice. *The Relevance of guilty pleas*, Washington D.C., 1984.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1996.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FOLGADO, Antonio Nobre. *Suspensão condicional do processo como instrumento de controle social*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade: fundamentos do Direito penal moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FRIEDMAN, L. *Introducción al Derecho norteamericano*. Barcelona: Liberia Bosch, 1988.

GAROFALO, R. *Criminologia*. Campinas: Péritas, 1997.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONZAGA, João Bernadino. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Federais*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Na virada do milênio, o quê herdamos e o quê deixaremos para as futuras gerações nas ciências criminais*. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 24 dez. 2000.

_____. Natureza jurídica da suspensão condicional do processo (acto discricionário, ato consensual bilateral ou direito público subjetivo do acusado). *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 6, 1996, p. 153.

_____. *Juizados: contestação ao Procurador Geral de Justiça do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 31 jan. 2002.

_____. *Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de Justiça criminal*. São Paulo: RT, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Faculdade de Direito/USP, 1989. Tese de doutoramento em Direito penal.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luís Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95*. São Paulo: RT, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. *História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: AAFDL, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Crítica del Derecho penal de hoy*. Colômbia: Universidad Externato de Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant to Blanque, 1989.

HEGEL, G. W. F. *Princípios de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRSCH, Andrew von. *Censurar y castigar*. Valladolid: Simancas, 1998.

HOMICÍDIO: hora de dar um basta. **Veja**, São Paulo, n. 1967, p. 34, 8 dez. 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2000*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2002.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

_____. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais. *Boletim IBCCrim*, n. 48, p. 4, nov. 1996.

_____. *A ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal: parte general*. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *A exceção do artigo 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais em face da Lei 10.259, de 12 de julho de 2001* (Lei dos Juizados Especiais Federais). *Síntese de Direito penal e processo penal*, São Paulo, n. 10, , p. 5-6, nov. 2001.

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito penal: parte geral*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Ampliado o rol dos crimes de menor potencial ofensivo*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 27 jul. 2001.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coimbra: Atlântida, 1960.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LISTZ, Franz von. *Tratado de Direito penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiat & C, 1989.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: EDUnB, 1980.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e o conceito de infração de penal de menor potencial ofensivo*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 ago. 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV.

MORALES, Marien Aguilera. *El principio de consenso: la conformidad en el proceso penal español*. Barcelona: Cedecs, 1998.

PAZZAGLINI FILHO; Marino, MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Pozzio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal*. São Paulo: Atlas, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Império retórico: retórica e argumentação*. Porto: Asa, 1993.

PINHO, Humberto Dalla B. de. *A introdução do instituto da transação penal no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1994.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Liberalismo político*. Lisboa: Presença, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Pena sem processo: Juizados Especiais Criminais – Interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Génesis del Derecho penal*. Buenos Aires: Temis Bogotá, 1956.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997, t. 1

_____. *Problemas fundamentais de Direito penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus contra os pagãos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica: escritos políticos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Suma Teológica*. 2ª parte da 2ª parte. Questões 1-79. Caxias do Sul: Sulina, 1980.

SCHÖNE, W. Líneas generales del proceso penal alemán: instrucción, juicio e tendencias de reforma. *Justicia*, Madri, v.2, p. 702, 1989.

SCHÜNEMANN, B. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal norte-americano en el mundo?). In: JORNADAS SOBRE A REFORMA DEL DERECHO PENAL EN ALEMANIA, 8., 1991. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Bonn: Consejo General del Poder Judicial, 1991.

SIEDMAN, Robert, CHAMBLISS, William J. *Law, order and power*. Norwood: Addison Wesley Publishing, 1971.

SILVA, Alberto José Tavares Vieira da. *A pena de morte e a codificação penal brasileira*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1992, (Cartilha Jurídica, n. 5).

SILVA, Eduardo Araújo da. Da disponibilidade da ação penal na Lei 9.099/95. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 35, p. 17, nov/95.

THE AMERICAN CRIMINAL JUSTICE PROCESS. Select Rules, Statutes and Guidelines. St. Paul Minnesota, West Publishing, 1989.

TORRÃO, Fernando José dos Santos Pinto. *A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo*. Coimbra: Almedina, 2000.

TORON, Alberto Zacarias. Drogas: novas perspectivas com a Lei 9.099/95?. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 35, p. 6, nov/95.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lei 10.259/01: Juizados Criminais Federais*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 1 out. 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: RT, 2002.

URIBE, Manuel de Lardizábal y. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997.

WISHINGRAD, J. The plea bargaining in historical perspective. *Courts and Criminal Procedure*. Munique: K. G. Saur, 1991.

YCHAMBLISS, W., LOZZI, G. *La applicazione della pena su richiesta delle parti: riflessione su nuovo processo penal*. 2. ed. Turim: G. Giappichelli, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ANEXOS

ANEXO 1

LEI 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995

Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Capítulo II

Dos Juizados Especiais Cíveis

Seção I

Da Competência

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

Art. 4º É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro:

I - do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório;

II - do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita;

III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, poderá a ação ser proposta no foro previsto no inciso I deste artigo.

Seção II

Do Juiz, dos Conciliadores e dos Juízes Leigos

Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Art. 7º Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

Seção III

Das Partes

Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

§ 1º Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

§ 2º O maior de dezoito anos poderá ser autor, independentemente de assistência, inclusive para fins de conciliação.

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado.

Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.

Art. 11. O Ministério Público intervirá nos casos previstos em lei.

Seção IV

Dos Atos Processuais

Art. 12. Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

§ 4º As normas locais disporão sobre a conservação das peças do processo e demais documentos que o instruem.

Seção V

Do Pedido

Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

§ 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;

II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;

III - o objeto e seu valor.

§ 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.

§ 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.

Art. 15. Os pedidos mencionados no art. 3º desta Lei poderão ser alternativos ou cumulados; nesta última hipótese, desde que conexos e a soma não ultrapasse o limite fixado naquele dispositivo.

Art. 16. Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.

Art. 17. Comparecendo inicialmente ambas as partes, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensados o registro prévio de pedido e a citação.

Parágrafo único. Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença.

Seção VI

Das Citações e Intimações

Art. 18. A citação far-se-á:

I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria;

II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado;

III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.

§ 1º A citação conterà cópia do pedido inicial, dia e hora para comparecimento do citando e advertência de que, não comparecendo este, considerar-se-ão verdadeiras as alegações iniciais, e será proferido julgamento, de plano.

§ 2º Não se fará citação por edital.

§ 3º O comparecimento espontâneo suprirá a falta ou nulidade da citação.

Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.

§ 1º Dos atos praticados na audiência, considerar-se-ão desde logo cientes as partes.

§ 2º As partes comunicarão ao juízo as mudanças de endereço ocorridas no curso do processo, reputando-se eficazes as intimações enviadas ao local anteriormente indicado, na ausência da comunicação.

Seção VII

Da Revelia

Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

Seção VIII

Da Conciliação e do Juízo Arbitral

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

Seção IX

Da Instrução e Julgamento

Art. 27. Não instituído o júízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.

Parágrafo único. Não sendo possível a sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subseqüentes, cientes, desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes.

Art. 28. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.

Art. 29. Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença.

Parágrafo único. Sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência.

Seção X

Da Resposta do Réu

Art. 30. A contestação, que será oral ou escrita, conterà toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.

Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Parágrafo único. O autor poderá responder ao pedido do réu na própria audiência ou requerer a designação da nova data, que será desde logo fixada, cientes todos os presentes.

Seção XI

Das Provas

Art. 32. Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Art. 33. 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.

Art. 34. As testemunhas, até o máximo de três para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento levadas pela parte que as tenha arrolado, independentemente de intimação, ou mediante esta, se assim for requerido.

§ 1º O requerimento para intimação das testemunhas será apresentado à Secretaria no mínimo cinco dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 2º Não comparecendo a testemunha intimada, o Juiz poderá determinar sua imediata condução, valendo-se, se necessário, do concurso da força pública.

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado.

Art. 36. A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos.

Art. 37. A instrução poderá ser dirigida por Juiz leigo, sob a supervisão de Juiz togado.

Seção XII

Da Sentença

Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilícida, ainda que genérico o pedido.

Art. 39. É ineficaz a sentença condenatória na parte que exceder a alçada estabelecida nesta Lei.

Art. 40. O Juiz leigo que tiver dirigido a instrução proferirá sua decisão e imediatamente a submeterá ao Juiz togado, que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

Art. 42. O recurso será interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 1º O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção.

§ 2º Após o preparo, a Secretaria intimará o recorrido para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

Art. 43. O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

Art. 44. As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 13 desta Lei, correndo por conta do requerente as despesas respectivas.

Art. 45. As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento.

Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 47. (VETADO)

Seção XIII

Dos Embargos de Declaração

Art. 48. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Parágrafo único. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

Art. 50. Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso.

Seção XIV

Da Extinção do Processo Sem Julgamento do Mérito

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

- I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;
- II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou seu prosseguimento, após a conciliação;
- III - quando for reconhecida a incompetência territorial;

IV - quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 8º desta Lei;

V - quando, falecido o autor, a habilitação depender de sentença ou não se der no prazo de trinta dias;

VI - quando, falecido o réu, o autor não promover a citação dos sucessores no prazo de trinta dias da ciência do fato.

§ 1º A extinção do processo independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes.

§ 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.

Seção XV

Da Execução

Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

I - as sentenças serão necessariamente líquidas, contendo a conversão em Bônus do Tesouro Nacional - BTN ou índice equivalente;

II - os cálculos de conversão de índices, de honorários, de juros e de outras parcelas serão efetuados por servidor judicial;

III - a intimação da sentença será feita, sempre que possível, na própria audiência em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V);

IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;

VII - na alienação forçada dos bens, o Juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for à vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel, ou hipotecado o imóvel;

VIII - é dispensada a publicação de editais em jornais, quando se tratar de alienação de bens de pequeno valor;

IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:

a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele correu à revelia;

b) manifesto excesso de execução;

c) erro de cálculo;

d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

Art. 53. A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas por esta Lei.

§ 1º Efetuada a penhora, o devedor será intimado a comparecer à audiência de conciliação, quando poderá oferecer embargos (art. 52, IX), por escrito ou verbalmente.

§ 2º Na audiência, será buscado o meio mais rápido e eficaz para a solução do litígio, se possível com dispensa da alienação judicial, devendo o conciliador propor, entre outras medidas cabíveis, o pagamento do débito a prazo ou a prestação, a dação em pagamento ou a imediata adjudicação do bem penhorado.

§ 3º Não apresentados os embargos em audiência, ou julgados improcedentes, qualquer das partes poderá requerer ao Juiz a adoção de uma das alternativas do parágrafo anterior.

§ 4º Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor.

Seção XVI

Das Despesas

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.

Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando:

I - reconhecida a litigância de má-fé;

II - improcedentes os embargos do devedor;

III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor.

Seção XVII

Disposições Finais

Art. 56. Instituído o Juizado Especial, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária.

Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Art. 58. As normas de organização judiciária local poderão estender a conciliação prevista nos arts. 22 e 23 a causas não abrangidas por esta Lei.

Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

Capítulo III

Dos Juizados Especiais Criminais

Disposições Gerais

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Seção I

Da Competência e dos Atos Processuais

Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Art. 64. Os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno e em qualquer dia da semana, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

§ 3º Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais. Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente.

Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

Art. 67. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público.

Seção II

Da Fase Preliminar

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Seção III

Do Procedimento Sumaríssimo

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Art. 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 83. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.

§ 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Seção IV

Da Execução

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Seção V

Das Despesas Processuais

Art. 87. Nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (arts. 74 e 76, § 4º), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

Seção VI

Disposições Finais

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

Capítulo IV

Disposições Finais Comuns

Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência.

Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.

Art. 95. Os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei.

Art. 96. Esta Lei entra em vigor no prazo de sessenta dias após a sua publicação.

Art. 97. Ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.

Brasília, 26 de setembro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

ANEXO 2**LEI 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001**

Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;

III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;

IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, caput.

§ 3º No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta.

Art. 4º O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação.

Art. 5º Exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva.

Art. 6º Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como réus, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

Art. 7º As citações e intimações da União serão feitas na forma prevista nos arts. 35 a 38 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Parágrafo único. A citação das autarquias, fundações e empresas públicas será feita na pessoa do representante máximo da entidade, no local onde proposta a causa, quando ali instalado seu escritório ou representação; se não, na sede da entidade.

Art. 8º As partes serão intimadas da sentença, quando não proferida esta na audiência em que estiver presente seu representante, por ARMP (aviso de recebimento em mão própria).

§ 1º As demais intimações das partes serão feitas na pessoa dos advogados ou dos Procuradores que oficiem nos respectivos autos, pessoalmente ou por via postal.

§ 2º Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico.

Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.

Parágrafo único. Para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal (arts. 71, 72 e 74 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), o representante da entidade que comparecer terá poderes para acordar, desistir ou transigir, na forma do art. 10.

Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

§ 1º Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal.

§ 2º Nas ações previdenciárias e relativas à assistência social, havendo designação de exame, serão as partes intimadas para, em dez dias, apresentar quesitos e indicar assistentes.

Art. 13. Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário.

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.

§ 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal.

§ 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça -STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a

requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

§ 10. Os Tribunais Regionais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição dos órgãos e os procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização e do recurso extraordinário.

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

Art. 16. O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do Juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo.

Art. 17. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório.

§ 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão

como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput).

§ 2º Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão.

§ 3º São vedados o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, e, em parte, mediante expedição do precatório, e a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 4º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.

Art. 18. Os Juizados Especiais serão instalados por decisão do Tribunal Regional Federal. O Juiz presidente do Juizado designará os conciliadores pelo período de dois anos, admitida a recondução. O exercício dessas funções será gratuito, assegurados os direitos e prerrogativas do jurado (art. 437 do Código de Processo Penal).

Parágrafo único. Serão instalados Juizados Especiais Adjuntos nas localidades cujo movimento forense não justifique a existência de Juizado Especial, cabendo ao Tribunal designar a Vara onde funcionará.

Art. 19. No prazo de seis meses, a contar da publicação desta Lei, deverão ser instalados os Juizados Especiais nas capitais dos Estados e no Distrito Federal.

Parágrafo único. Na capital dos Estados, no Distrito Federal e em outras cidades onde for necessário, neste último caso, por decisão do Tribunal Regional Federal, serão instalados Juizados com competência exclusiva para ações previdenciárias.

Art. 20. Onde não houver Vara Federal, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no art. 4º da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, vedada a aplicação desta Lei no juízo estadual.

Art. 21. As Turmas Recursais serão instituídas por decisão do Tribunal Regional Federal, que definirá sua composição e área de competência, podendo abranger mais de uma seção.

§ 1º Não será permitida a recondução, salvo quando não houver outro juiz na sede da Turma Recursal ou na Região.

§ 2º A designação dos juízes das Turmas Recursais obedecerá aos critérios de antigüidade e merecimento.

Art. 22. Os Juizados Especiais serão coordenados por Juiz do respectivo Tribunal Regional, escolhido por seus pares, com mandato de dois anos.

Parágrafo único. O Juiz Federal, quando o exigirem as circunstâncias, poderá determinar o funcionamento do Juizado Especial em caráter itinerante, mediante autorização prévia do Tribunal Regional Federal, com antecedência de dez dias.

Art. 23. O Conselho da Justiça Federal poderá limitar, por até três anos, contados a partir da publicação desta Lei, a competência dos Juizados Especiais Cíveis, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários ou administrativos.

Art. 24. O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais criarão programas de informática necessários para subsidiar a instrução das causas submetidas aos Juizados e promoverão cursos de aperfeiçoamento destinados aos seus magistrados e servidores.

Art. 25. Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação.

Art. 26. Competirá aos Tribunais Regionais Federais prestar o suporte administrativo necessário ao funcionamento dos Juizados Especiais.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor seis meses após a data de sua publicação.

Brasília, 12 de julho de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo de Tarso Tamos Ribeiro

Roberto Brant

Gilmar Ferreira Mendes