

UNAMA
Universidade da Amazônia

FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID

**ABORDAGEM DIALÓGICA SOBRE OS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS PELO PRISMA DA
TRIDIMENSIONALIDADE TELEOLÓGICA DO DIREITO**

Belém – Pará
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID

**ABORDAGEM DIALÓGICA SOBRE OS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS PELO PRISMA DA
TRIDIMENSIONALIDADE TELEOLÓGICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada à Universidade da Amazônia (Unama) como requisito parcial para obtenção do certificado de conclusão do curso de Mestrado em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho.

Belém – Pará
2008

FRANCISCO DE ASSIS SANTOS LAUZID

**ABORDAGEM DIALÓGICA SOBRE OS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS PELO PRISMA DA
TRIDIMENSIONALIDADE TELEOLÓGICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada à Universidade da
Amazônia (Unama) como requisito parcial para
obtenção do certificado de conclusão do Curso de
Mestrado em Direito do Estado.

Belém, _____ de abril de 2008.

Banca examinadora:

Orientador
Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho
Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP
Unama

À minha mulher, por aceitar dividir-me diuturnamente com outra parceira, minha biblioteca.

À minha mãe, por ter-me apresentado, ainda na infância, aquela que seria minha parceira eviterna.

A Deus, pela bênção desse amado triunvirato em minha vida, forjando-me no homem que “sou sendo”.

AGRADECIMENTOS

A Palavra de Deus reza, sob a rubrica “As virtudes devem ser cultivadas”, em Colossenses 3.16, que devemos ser agradecidos. É, nessa senda escorreita do bom cristão, que agradecemos ao professor e, agora, amigo, José Claudio Monteiro de Brito Filho, pela orientação, direção e condução deste trabalho, sempre indigitando, à plena luz da razão, o foco principal, aparando os excessos e as tergiversações e alentando a nossa caminhada. Foi assim, abrindo espaços, aqui e ali, em sua abarrotada agenda, por diletantismo e por pura munificência, que nosso orientador nos estendeu sua mão altruísta, dividindo conosco seu maior tesouro – conhecimento e tirocínio –, assim procedendo com muito zelo e boa vontade. A ele, ao amigo preceptor, agradecemos, de coração *sine cera*, toda a sua prestimosidade.

Aos amigos do peito que nos dão sabor à vida, Márcia Beatriz Reis Souza e Manoel Victor Sereni Murrieta e Tavares, pela inestimável colaboração na Promotoria de Justiça de Crimes contra a Ordem Tributária, aliviando-nos o pesadíssimo fardo da labuta ministerial para que pudéssemos estudar e concluir este trabalho.

Bem aventurados os pacificadores, porque
serão chamados filhos de Deus (Mt 5.9)

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| AGRADECIMENTOS | 5 |
| RESUMO | 10 |
| RIASSUNTO | 11 |
| LISTA DE ABREVIATURAS | 12 |
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 REFERENCIAL TEÓRICO | 15 |
| 1.1 Tridimensionalidade elementar do Direito | 16 |
| 1.2 Tridimensionalidade finalística do Direito | 26 |
| 1.2.1 Destriçando a tríade teleológica do Direito | 28 |
| 1.2.1.1 Segurança jurídica | 35 |
| 1.2.1.2 Progresso social | 43 |
| 1.2.1.3 Justiça material | 47 |
| 1.3 Tridimensionalidade do Direito Penal | 52 |
| 1.3.1 Tridimensionalidade elementar do Direito Penal | 53 |
| 1.3.2 Tridimensionalidade finalística do Direito Penal | 58 |
| 1.4 Tridimensionalidade teleológica dos juizados especiais criminais | 64 |
| 1.4.1 A vítima nos juizados especiais criminais | 67 |
| 1.4.2 O suposto autor do fato nos juizados especiais criminais | 69 |
| 2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS | 71 |
| 2.1 Infrações penais de menor potencial ofensivo | 75 |
| 2.2 Desideratos dos juizados especiais criminais expressos na Lei 9.099/1995 | 78 |
| 2.3 Regras, princípios e valores | 83 |
| 2.3.1 Regras e princípios | 84 |
| 2.3.2 Valores jurídicos | 87 |
| 2.4 Princípios dos juizados especiais criminais | 92 |
| 2.4.1 Princípios expressos na Lei 9.099/1995 | 93 |
| 2.4.1.1 Princípio da oralidade | 96 |
| 2.4.1.2 Princípio da simplicidade | 100 |
| 2.4.1.3 Princípio da informalidade | 103 |
| 2.4.1.4 Princípios da celeridade e economia processual | 109 |
| 3 DIÁLOGO CRÍTICO-(RE)CONSTRUTIVO SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS | 117 |
| 3.1 Dialogismo proposto por Boaventura de Sousa Santos | 128 |
| 3.2 Composição de danos em ofensa à qualidade do processo penal | 134 |
| 3.3 Composição de danos como resgate da vingança privada | 146 |
| 3.4 Preterição da composição de danos em favor da transação | 163 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 3.5 | Despreparo judicial nas funções de mediador e de conciliador | 167 |
| 3.6 | Automação das propostas conciliatórias (sem mediação) | 171 |
| 3.7 | “Pena antecipada” como incremento do poder punitivo estatal | 180 |
| 3.8 | JECs como ferramentas de ampliação do poder punitivo estatal | 195 |
| 3.9 | Transação “penal” imposta como chantagem estatal | 204 |
| 3.10 | Proposta de transação sem elementos suficientes para a ação penal | 208 |
| 3.11 | Conversão da medida civil alternativa inadimplida em prisão | 210 |
| 3.12 | Transação “penal” como antecedentes criminais | 221 |
| 3.13 | Informalidade processual em ofensa aos direitos fundamentais | 224 |
| 3.14 | Hipertrofia do poder delatório da vítima | 232 |
| 3.15 | Falta de representação popular nos juizados especiais criminais | 235 |
| 3.16 | Necessidade de juízes distintos na conciliação e no julgamento | 237 |
| 3.17 | Relutância quanto à disponibilidade da ação penal pública | 241 |
| 4 | PROPOSTAS (RE)CONSTRUTIVAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS | 249 |
| 4.1 | Propostas de <i>lege lata</i> | 249 |
| 4.1.1 | Informações pela <i>internet</i> e certidões de acordo com a lei | 250 |
| 4.1.2 | Esclarecimento à suposta vítima acerca do artigo 339 do CP | 251 |
| 4.1.3 | Capacitação de juízes e promotores de justiça | 252 |
| 4.1.4 | Tentativa obrigatória de composição de danos nas ações penais públicas incondicionadas | 254 |
| 4.1.5 | Capacitação e responsabilização dos policiais que laboram com a confecção de TCOs | 255 |
| 4.1.6 | Exigência da presença dos atores essenciais à audiência preliminar | 257 |
| 4.1.7 | Priorização da proposta de prestação pecuniária | 257 |
| 4.1.8 | Propostas alternativas de transação | 258 |
| 4.1.9 | Audiência preliminar como procedimento judicial pré-processual | 259 |
| 4.1.10 | Complementação do TCO com informações prestadas pelos envolvidos na audiência preliminar | 260 |
| 4.1.11 | Audiência preliminar diferida para um trintídio do fato | 261 |
| 4.1.12 | Investimento nos juizados especiais criminais | 263 |
| 4.1.13 | Flexibilização do princípio de identidade física do juiz ao processo | 264 |
| 4.1.14 | Flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública | 265 |
| 4.1.15 | Restrição de transação com medida de limitação de fim de semana | 266 |
| 4.2 | Propostas de <i>consecuções sucessivas de lege lata e de lege ferenda</i> | 267 |
| 4.2.1 | Extensão dos institutos conciliatórios até a fase das alegações finais | 267 |
| 4.2.2 | Confecção de TCOs por Policiais Militares | 270 |
| 4.2.3 | Apoio profissional interdisciplinar | 275 |
| 4.2.4 | Inconversibilidade da transação inadimplida em prisão | 277 |
| 4.3 | Propostas de <i>lege ferenda</i> | 278 |
| 4.3.1 | Abolição da ação penal exclusivamente privada | 278 |
| 4.3.2 | Condicionamento da maior parte das ações penais à representação | 280 |
| 4.3.3 | Necessidade de nova redação dos artigos 76 e 77 | 281 |
| 4.3.4 | Alterações terminológicas | 283 |
| 4.3.4.1 | Adição do termo “suposto” às expressões “autor do fato” e “autor da infração” | 283 |
| 4.3.4.2 | Substituição do termo “partes” por envolvidos | 284 |
| 4.3.4.3 | Substituição dos termos “pena” e “sanção” por “medida civil alternativa” | 285 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.4.4 Substituição da expressão “transação penal” por “transação civil” | 286 |
| 4.3.4.5 Substituição do termo conciliador por mediador | 288 |
| CONCLUSÃO | 289 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 305 |
| Textos impressos | 305 |
| Textos extraídos da <i>internet</i> | 314 |
| APÊNDICES | 316 |
| APÊNDICE A – Dados estatísticos dos JECs da Capital | 316 |
| APÊNDICE B – Total de dados estatísticos dos JECs da Capital | 318 |
| ANEXO | 319 |

RESUMO

Diálogo com as principais críticas doutrinárias assacadas contra os juizados especiais criminais e seus institutos conciliatórios (composição de danos e transação penal), adotando-se como argumento e fundamento doutrinário a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, em sua dupla trivalência estrutural (elementar-teleológica), a partir das hipóteses de que referidos órgãos foram idealizados pela Constituição Federal em consonância com as concepções de Estado (Social) Democrático de Direito e de Constituição material, devendo promover segurança jurídica, progresso social e justiça material, combatendo os argumentos antagônicos de que esses órgãos e seus institutos conciliatórios, na esfera penal, incrementam o poder punitivo estatal, alimentam a vingança privada e comprometem a qualidade do processo penal, conquanto se admita que a práxis forense desvirtuou-se do ideal do Direito justo, destinado, precipuamente, à consecução de valores constitucionais necessários à concretização do Estado (Social) Democrático de Direito, propugnando-se a (re)construção dos juizados, entre outras medidas, por meio da capacitação dos agentes públicos que promovem e fiscalizam as suas atividades, no escopo de que, nessa (re)edificação, busquem, pela mediação, tratar interiormente os envolvidos no conflito penal, obtendo, como consequência da justiça restaurativa, não apenas a (re)conciliação, mas também pessoas melhores do que os conflitantes eram e uma sociedade em progresso social, mais livre, segura e justa. O trabalho inicia discorrendo sobre o referencial da teoria realeana, abordando-se, ao fim do primeiro capítulo, concepções sobre regras, princípios e valores; no segundo capítulo, trata-se de infrações de menor potencial ofensivo, objetivos e princípios dos juizados; no terceiro capítulo, são enfrentadas as críticas feitas aos juizados; no quarto capítulo, fazem-se propostas (re)construtivas desses órgãos.

Palavras-chave: Juizados especiais criminais. Mediação. Composição de danos. Transação penal. Teoria Tridimensional do Direito.

RIASSUNTO

Dialogo con le principali critiche dottrinarie imposte contro i *juizados especiais criminais* e i loro istituti conciliatori (*composição de danos e transação penal*), adottando come argomento e fondamento dottrinario la Teoria Tridimensionale del Diritto di Miguel Reale, nella sua doppia trivalenza strutturale (elementar-teleologica), a partire dalle ipotesi in cui i riferiti organi sono stati idealizzati dalla Costituzione Federale in consonanza con le concezioni di Stato (Sociale) Democratico di Diritto e di Costituzione materiale, dovendo promuovere la sicurezza giuridica, il progresso sociale e la giustizia materiale, combattendo gli argomenti antagonici in cui questi organi e i loro istituti conciliatori, nella sfera penale, incrementano il potere punitivo statale, alimentano la vendetta privata e compromettono la qualità del processo penale, nonostante si ammetta che la prassi forense si sia allontanata dall'ideale del Diritto giusto, destinato principalmente, alla realizzazione di valori costituzionali necessari alla concretizzazione dello Stato (Sociale) Democratico di Diritto, proponendo la ricostruzione dei *juizados*, tra le altre misure, per mezzo della capacitazione degli agenti pubblici che promuovono e controllano le loro attività, affinché cerchino, in questa riedificazione, attraverso la mediazione, di trattare interiormente i coinvolti nel conflitto penale, ottenendo, come conseguenza della giustizia restaurativa, non solo la riconciliazione, ma anche persone migliori di come erano i conflittanti e una società in progresso sociale, più libera, sicura e giusta. Il lavoro inizia scorrendo sul referenziale riguardo alla teoria realeana, trattando, alla fine del primo capitolo, sulle concezioni di regole, principi e valori; nel secondo capitolo, si tratta delle infrazioni di minor potenziale offensivo, obiettivi e principi dei *juizados*; nel terzo capitolo, vengono affrontate le critiche fatte ai *juizados*; nel quarto capitolo, si fanno proposte ricostruttive di questi organi.

Parole-chiave: *Juizados especiais criminais*. Mediazione. *Composição de danos*. *Transação penal*. Teoria Tridimensionale del Diritto.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|--|
| art. | artigo |
| c/ | com |
| CE | Constituição Estadual |
| Cf. | Conferir |
| CF | Constituição Federal |
| CLT | Consolidação das Leis Trabalhistas |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código de Processo Penal |
| CTB | Código de Trânsito Brasileiro |
| DL | Decreto-Lei |
| EC | Emenda Constitucional |
| <i>et seqq.</i> | <i>et sequentes, et sequentia</i> (e os seguintes) |
| <i>i.e.</i> | <i>id est</i> (isto é) |
| inc. | Inciso |
| EC | Juizado Especial Criminal |
| ESA | Escola Superior de Advocacia |
| JECC | Juizado Especial Cível e Criminal |
| JEC | Juizado Especial Criminal |
| LCP | Lei das Contravenções Penais |
| LEP | Lei de Execuções Penais |
| Min. | Ministro |
| n.º | número |
| p. | página |
| pp. | páginas |
| Rel. | Relator |
| TJE | Tribunal de Justiça do Estado |
| TTD | Teoria Tridimensional do Direito |
| TCO | Termo circunstanciado de ocorrência |
| UFPA | Universidade Federal do Pará |
| <i>v.g.</i> | <i>verbi gratia</i> |

INTRODUÇÃO

Este trabalho dialogará com as principais críticas doutrinárias imputadas aos juizados especiais criminais (JECs) e a seus institutos conciliatórios (composição de danos e transação “penal”), adotando a Teoria Tridimensional do Direito (TTD) de Miguel Reale como fundamento teórico que servirá de arrimo aos argumentos a serem formulados, que também servirão de acólito às propostas de (re)construção desses órgãos do Judiciário no concernente ao *usus forensis*.

A partir das seguintes hipóteses, os argumentos serão entabulados:

a) Hipótese de caráter ideário institucional (aspecto da idealidade): os juizados especiais criminais (JECs) e seus institutos conciliatórios foram idealizados pela Constituição Federal em consonância com os elevados auspícios do Estado (Social) Democrático de Direito;

b) Hipótese de caráter fenomenológico praxista (aspecto fático): o ideal de Direito justo, à luz do movimento constitucionalista e da trivalência finalística do Direito, que deveria primar pela maximização dos direitos fundamentais e pelos objetivos fundamentais do Estado (Social) Democrático de Direito, foi, no *usus forenses*, bastante desvirtuado.

A problemática a ser tratada enfrentará as críticas infensas à instituição dos JECs e a seus institutos conciliatórios, por meio do contraste entre as hipóteses súperas, *i.e.*, procurar-se-á arrostar os caracteres integrantes da díade “idealidade e realidade” para se chegar às propugnações (re)construtivas dos JECs.

Far-se-á uma análise dos JECs, tanto segundo a sua idealização (valor) constitucional pelo prisma da concepção de Constituição material quanto dialógica, concernentemente às principais críticas doutrinárias a eles antagônicas, quer no aspecto ideário-institucional, quer no aspecto pragmático, fitando dar vida prática e concreta ao ideal (valor) do Direito, concebendo-se este, segundo a fórmula realeana, como a normatização de fatos para a consecução de valores.

Entrementes, admitir-se-á que há críticas procedentes tangentes à práxis forense fluente nos JECs de Belém e, de forma geral, nos demais juizados do País, adotada, todavia, em desvirtuamento ao ideário constitucional (valor), vindo de encontro à concepção de Direito justo e aos objetivos fundamentais da República

Federativa do Brasil, máxime, os de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, de progresso nacional e de promoção do bem de todos.

No capítulo primeiro, discorrer-se-á sobre a TTD de Miguel Reale, adotada como referencial teórico, que servirá de base ao diálogo a ser travado e às propostas de (re)construção dos JECs, considerando o Direito em sua estrutura elementar-finalística duplamente triásica, de caráter coimplicativo e dialético-complementar.

No capítulo segundo, far-se-á uma incursão nos aspectos legislativos, principiológicos e finalísticos dos JECs, sem percuciência crítica, conquanto já vá abrindo as portas ao diálogo porvir no capítulo seguinte.

No capítulo terceiro, serão arrostadas as críticas imputadas aos JECs, quer em relação ao aspecto ideário-institucional, procurando-se confutá-las; quer no pertinente à prática forense vitanda, por encontrar-se, segundo uma das hipóteses susoditas, desvirtuada do Direito justo alumiado pela Constituição, primacialmente, em sua concepção material.

No capítulo quarto, serão apresentadas propugnações (re)construtivas dos JECs, subdivididas em três grupos: propostas *de lege lata*, propostas *de lege lata e de lege ferenda* e propostas *de lege ferenda*.

Colimar-se-á a tonificação da linha argumentativa e das conclusões abraçadas neste trabalho, a serem forjadas com o calor proveniente da própria oposição, contestando esta, no todo ou em parte, para, então, serem feitas as propostas (re)construtivas dos JECs.

Cumpre, por fim, anotar que este trabalho teve sua pesquisa incoada no Curso de Especialização em Ciências Criminais, promovido pela ESA em convênio com a UFPA, cuja monografia conclusiva versou sobre composição de danos tendo sido aqui revista, ampliada e estendida ao instituto mais criticado dos JECs, que, realmente, figurará como o nó górdio do diálogo a ser travado: a transação “penal”.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

A teoria realeana compreende a tridimensionalidade do Direito em duplo aspecto elementar (fato, valor e norma) e teleológico (segurança jurídica, progresso social e justiça substantiva), desde sua elaboração, até a sua interpretação e aplicação, tendo essa estrutura uma conexão necessariamente coimplicativa e dialético-complementar que impõe conhecer, tratar, elaborar, interpretar e aplicar o Direito somente se concebido no sintagma “Direito justo”.^{1,2}

A dupla tridimensionalidade do Direito³ cobra do conhecimento algo além da Dogmática Jurídica, considerando-se que o Direito não é só norma imposta, ou mesmo só norma posta, ainda que por critério democrático, também sendo fato e valor (realidade e idealidade), em constante transformação e em busca de otimização de seu sistema, por isso se diz que o Direito, como produção cultural *in fieri*, “é sendo”⁴, tal qual seu criador.

Conquanto o estudo da norma seja importante para o Direito, a ela, seu estudo não poderá se aprisionar, pois a norma passa a existir no mundo, que é real,

¹ É verdade que por meio de leis injustas ou inconstitucionais, muita vez o Estado exerce o seu poder, a exemplo da Alemanha nazista na primeira metade do século transato e dos Atos Institucionais (AI) n.ºs 1 *usque* 17 que vigoraram no Brasil durante a ditadura militar, especialmente o AI 5/1968. Contudo, referidas normas estatais, mesmo que, na época, estivesse em vigor e produzisse efeitos, por ter sido injusta e contrária ao Estado (Social) Democrático de Direito, não pode ser considerada Direito no sentido tridimensional realeano, e sim tão-somente normas, tais quais as ditas “normas jurídicas” produzidas pelos bandoleiros citados por Kelsen e pelos malfeitores mencionados por Carnelutti que viessem, hipoteticamente, a tomar o poder estatal, pois, segundo esses autores, estariam a produzir “Direito”, assim considerado para Kelsen em sua “teoria pura” restrito à dimensão normativa, sem consideração axiológica quanto ao conteúdo do justo, sob pena de conspurcar a sua pureza científica marcada por um caráter pretensamente avalorativo, neutro, objetivo e fragmentário. Cf. CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1992. pp. 380-511; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Col. Studivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 79; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 143.

² Para Roberto Lyra Filho só há Direito se houver justiça substantiva, ou seja, todo Direito é justo, porque deve ser justo. Já não se pode afirmar isso em relação a algumas leis. Nunca o Direito poderá ser injusto, embora a lei possa ser, mas a lei injusta não incorpora o conceito de Direito segundo escólio em Reale e em Lyra Filho, porquanto este deve ser justo. Cf. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

³ Cumpre desde logo esclarecer que Reale não utiliza em sua teoria a expressão “dupla tridimensionalidade”, que passa a ser empregada, neste trabalho, como conclusão extraída de sua TTD, por ele considerar que os elementos do direito são fato, valor e norma e que as suas três finalidades são segurança jurídica (dada “ordem-justiça”), progresso social (“efetividade social do justo”) e justiça material, que serão logo mais tratadas. O fundamento do Direito, para Reale, está em sua finalidade que se traduz na consecução dos valores sociais, o que torna indissociável os elementos dos fins do Direito dentro de uma perspectiva duplamente tridimensional. Cf. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 15 e 33-35.

⁴ Expressão empregada por Roberto Lyra Filho. Cf. *in* LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 11.

no qual existem fatos em repleção, nascendo para a vida social ordenada (ou a ser ordenada), que se conduz por valores sociais preexistentes.

Assim, mais importante para o conhecimento científico do que simplesmente saber o que é o Direito, é saber, dentro de uma concepção jusfilosófica, em que o Direito consiste e o que ele representa para o homem, ou seja, é indagar-se sobre “o ser do direito enquanto realidade de significado universal na vida do espírito”⁵, mas também, em outra ordem ou momento do pensamento, a que condições deve atender o jurista para estruturar cientificamente o Direito, considerando-o no âmbito especial da Ciência, segundo as exigências lógicas peculiares a seu campo de pesquisa, lembrando-se de que para se indagar o valor da ciência, deve-se, necessariamente, colocar-se fora dela, mas não acima.

1.1 Tridimensionalidade elementar do Direito

A tridimensionalidade é uma realidade que constitui o Direito e possui a dimensão de referir-se a valores em forma normativa para fins práticos, porque Direito também deve ser fato, ou seja, o Direito é norma, elaborada pelos homens com o propósito de realizar certos valores; ao realizá-los, a “idealidade” convola-se em realidade, sendo, então, o valor contido na norma concretizado em fato social e jurídico, assim prosseguindo em um processo dinâmico e constante, tratado por Reale como produção *in fieri*.⁶

Três elementos são identificados como constitutivos do Direito: o fato (o Direito é fato social e histórico – objeto de estudo da História e da Sociologia), o valor (o valor do justo⁷, sendo o homem fonte e medida de todos os valores⁸ – objeto de reflexão da axiologia [Filosofia]) e a norma (ordenadora de conduta

⁵ Essa afirmação de Reale esclarece, em parte, a preocupação deste trabalho com a necessidade de tratamento dos sentimentos dos conflitantes no procedimento de mediação dos conflitos, realizado precedentemente às propostas conciliatórias nos JECs, o que será mais além abordado.

⁶ Em 1992, Miguel Reale disse ter afirmado pela primeira vez que “Direito é a concretização da idéia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”. Cf. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 128.

⁷ Reale afirma que “objetivamente a justiça se reduz à realização do bem comum” e nestes termos este trabalho a adota. Cf. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 276.

⁸ Lembra Kaufmann que não o *logos* (a “natureza”, a essência, a idéia), “mas sim o homem ‘é a medida de todas as coisas’”, isso desde os sofistas da antiguidade. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

individual e da convivência social – objeto de estudo da Dogmática Jurídica). Essa tricotomia evidencia a correlação essencial, também triásica, entre fim (valor e fundamento do Direito), meio (norma) e forma (vigência).

Não há, abstratamente, um grau de importância maior ou menor dessa tríade elementar, pois o Direito só existe se concebido nessa tridimensionalidade, como se fosse um triângulo do qual não se pode extrair um dos lados sem que, inexoravelmente, ele deixe de ser um triângulo, ou seja, a exclusão de um dos três elementos (fato, valor ou norma), por conseguinte, afasta a definição do que é, ou vem a ser, o Direito. Por isso, afirma-se que os três elementos do Direito complementam-se, dialetizam-se e implicam-se, sendo indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes.

O Direito parte do fato, rumo a determinado valor, por meio de uma norma, sendo, ele, conforme a fórmula realeana: “uma integração normativa de fatos segundo valores”⁹. Há, ainda, uma correspondência coimplicativa entre fato e eficácia, valor e fundamento (validade material)¹⁰ e vigência (validade formal) e norma.

O objeto último – embora não único – de estudo da ciência do Direito é a norma (fato→valor→norma). A dogmática jurídica¹¹, professa Reale, não é Direito imposto, que não se discute por ser dogma inquestionável, consoante a visão kelseniana,¹² mas Direito posto constitucionalmente em relação ao qual se deve obediência sem fugir à apreciação de seu conteúdo valorativo, pois o Direito posto deve ser constitucional e justo, segundo a diretriz prospectiva do Estado (Social)^{13, 14, 15} Democrático de Direito

⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

¹⁰ No caso da validade do Direito, o que Bobbio denomina de “três critérios de validez, o *material*, o *formal* e o *empírico*”, diz ser mais adequado tratar, respectivamente, como “*fundamento*, *vigência* e *eficácia*”. pp. 20-21.

¹¹ Barroso, ao abordar a teoria crítica no Brasil, leciona que “É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja ‘a expressão da vontade geral institucionalizada’ e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 317.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

¹³ A adoção do termo “Social”, em forma parentética, deve-se ao fato de a CF/1988, em seu artigo 1.º, não ter expressamente consignado esse termo, conquanto, dentro de um olhar sistêmico, ela tenha reconhecido a natureza social da República Federativa do Brasil, ao consagrar, como herança do Estado Social, os direitos sociais espalhados em seu texto, v.g., nos artigos 6.º a 8.º. Ivo Dantas leciona que “levando-se em conta o *espírito da constituição* como um sistema homogêneo, a expressão *Estado Democrático de Direito* deverá ser entendida não mais no sentido do Constitucionalismo Liberal típico do

em constante construção, ainda que, no futuro, outra organização política se desenvolva, não poderá esta se desatrelar do valor do justo.

Reale afirma que a expressão “Dogmática Jurídica”^{16, 17} deve ser conservada, pois como sua visão é de tridimensionalidade do Direito, ele não considera a dogmática jurídica isoladamente; mas adverte que, para a concepção tridimensional do Direito, o valor do justo sempre deverá ser focalizado. Por isso, mesmo na dogmática jurídica, não se concebe Direito imposto, e sim posto (constitucionalmente), ou seja, positivado atendendo a critérios e princípios determinados que lhe garantam vigência, validade material, legitimidade (intimamente elada ao valor) e eficácia.

Segundo a TTD, a norma jurídica surge da seguinte forma: inicialmente há um complexo de valores compondo o mundo jurídico (por conseguinte, encontram-se na sociedade), ao qual Reale denomina de “intenções de valor”. Esse complexo de valores, que está disposto em intenções, direciona-se a uma “base de fato”, que age como um prisma.

Sobredita base de fato, ao receber as intenções de valor, dissemina-as como proposições normativas, que são refratadas em várias direções, mas apenas uma

séc. XIX, mas sim, no sentido que lhe confere o *Constitucionalismo Social*, do qual decorre a ênfase dada pelo texto aos *direitos sociais* e à *ordem social*.” Cf. in DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Juará, 2001. p. 385.

¹⁴ “4. Fundamento do regime de governo: o Estado Democrático e Social de Direito [...]. O Estado Democrático de Direito no Brasil é dito *social* porque favorece a funcionalidade dos sistemas jurídicos para atender à segurança das relações e à justiça social, pelos mecanismos e instrumentos balizados pela própria Constituição Federal, como ocorre, por exemplo, nos casos previstos na CF 5.º, XXIII, 170, III, 182 § 2.º [...]” Cf. NERY JÚNIOR, Nélon. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. atual. São Paulo: RT, 2006. p. 117.

¹⁵ Sarlet adota a expressão “Estado social e democrático de Direito” no sentido de que “o Estado social e democrático de Direito constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, sendo, por outro lado, um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>, consulta feita em 22/6/2008.

¹⁶ Reale afirma que “não devemos aceitar a intrujice de dizer que dogmática jurídica é a teoria do crê ou morre... Dogma aí não significa verdade que não se discute, significando apenas o Direito posto”, *i.e.*, positivado de forma legítima, constitucional, devendo ser sempre justo. Sem referidas prerrogativas o Direito positivo não será Direito em sua acepção aqui advogada. Cf. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

¹⁷ Kaufmann leciona que o “jurista dogmático não questiona o que é o Direito”, pois “parte de pressupostos que aceita verdadeiros sem qualquer prova [...] isso não significa necessariamente que a dogmática jurídica proceda acriticamente. [...] Assim, é certíssimo que a ciência penal não tem menos importância do que a investigação jurídico-filosófica de acordo com os critérios do direito justo. Filosofia e dogmática não estão numa relação de “mais ou menos”, “mais importante ou menos importante”, mas sim numa relação de alteridade. Nenhuma delas, por isso, substituir a outra”. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 18-19.

dessas proposições normativas se converterá em norma jurídica pela interferência do Poder político estatal^{18, 19}.

A norma jurídica, assim criada, passa a ter existência no mundo dinâmico da vida, cuja mutabilidade implica a modificação da norma sem alteração gráfica, ou seja, sem que nenhuma vírgula lhe seja retirada ou acrescentada. Esse fenômeno ocorre porque o Direito, simplesmente não é, mas “é sendo”. O Direito é um dever ser dinâmico e constante, tratando-se de um fenômeno histórico-cultural²⁰, em vez de estático, encontrando-se em um processo de produção *in fieri*²¹.

¹⁸ A título de exemplo plástico, pode-se citar a ação afirmativa de inclusão dos negros no sistema educacional superior pelo sistema de cotas. Há a incidência sobre o fato de que eles são, evidentemente, excluídos e de que necessitam de inclusão. Vários princípios constitucionais carregados de valores voltados à promoção de justiça material, coimplicados e se dialetizando em complementaridade, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da não-discriminação (negativa), mormente o da igualdade, incidirão nessa base fática gerando proposições normativas (propostas de normas) em diferentes direções. O princípio da igualdade, se interpretado ao pé da letra, descomprometido com a intenção de concretizar o valor do justo, ou seja, do conteúdo de justiça da própria concepção de igualdade, pode permitir a errônea concepção de que se “todos são iguais perante a lei”, segundo lastro literal no art. 5.º, *caput*, da CF/1988, todos são livres para se submeter ao exame do vestibular, ingressando na Universidade somente aqueles que obtiverem as melhores notas, independentemente da cor da pele e da classe social, considerando-se inconstitucional qualquer forma de discriminação com esteio na origem étnica ou de estamento classista, gerando a proposição normativa de orientação não-discriminatória em caráter absoluto ainda que positiva. Outra proposição normativa poderá ser elaborada em sentido inverso, criando as cotas para os negros, por considerar que mais importante do que ser igual perante a lei, recebendo igual tratamento, é ser igual por meio da lei, sendo tratado desigualmente, conforme a proporção das desigualdades havidas, a fim de que se permita o tratamento de todos “como iguais”, pois a igualdade, quando descaracteriza (por exemplo, as minorias) deve ser repudiada, mas quando visa eliminar inferioridades que excluem socialmente, deve ser incentivada. Poderá haver, ainda, a proposição normativa de se mesclar a origem étnica excluída com um ou mais fatores de desigualdade, como a pobreza e o espaço geográfico em que se vive (regiões menos desenvolvidas de dado país, v.g., o Norte e o Nordeste brasileiros). O valor do justo na coimplicação dos elementos e fins do Direito no processo dialético de complementaridade é o vetor da construção político-ideária do Direito. Quanto à dicotomia “direito a igual tratamento” e “direito ao tratamento como igual”, Dworkin, ao tratar da “discriminação compensatória”, prega que este, o *treatment as equal*, deve ser apreciado como direito principal, enquanto aquele, o *equal treatment*, como direito derivado do direito ao tratamento como igual. Arremata-se que todos devem ser tratados como iguais, mas só os iguais devem ter igual tratamento. Dworkin conjuga o utilitarismo pessoal (direito à inclusão que cada negro deve ter) com o idealismo (critério de justiça), desenvolvendo a sua argumentação favôria às cotas raciais (melhor seria étnicas) com a eleição de princípios de proteção da minoria para a promoção da justiça social orientada pelo Estado Democrático de Direito. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 343-369.

¹⁹ O Poder político não é apenas o Legislativo, pode ser o Executivo, como também o Judiciário. Este, por meio da aplicação do Direito no caso concreto, mormente quando suas decisões culminam na consolidação de normas jurisprudenciais. O Poder político pode ser, ainda, o próprio poder social anônimo, no caso do Direito consuetudinário, ao criar normas costumeiras.

²⁰ Norberto Bobbio preconiza que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas”. Cf. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

²¹ Expressão empregada por Reale. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Léon Duguit, há cerca de um século, já declarava que “a regra de direito é, ao mesmo tempo, permanente e mutável”,²² ou seja, “é sendo”²³, é *in fieri*.

O Estado, na produção do Direito, irá pinçar os valores do mundo diante do fato, elegendo uma proposição normativa com base em um ou em alguns desses valores, convolvando o fato valorado em norma²⁴.

Contudo, no processo de produção do Direito, adverte Roberto Lyra Filho^{25, 26}, em geral, as ideologias jurídicas são construídas, como estratagema manipulador, por uma classe ou grupos dominantes, no escopo da manutenção do poder que possuem ou desejam alcançar; por essa razão procuram evitar a contestação sob alegações de manutenção da vontade divina (jusnaturalismo teológico)^{27, 28}, da ordem, do progresso, da paz social²⁹ (positivismo clássico), etc., *i.e.*, afastando o diálogo do que realmente é melhor e mais justo à sociedade.

²² DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 20.

²³ Expressão empregada por Roberto Lyra Filho para explicar o que é Direito. Cf. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

²⁴ Zaffaroni, ao explicar a teoria da tipicidade conglobante, faz assertiva semelhante: “Quando o legislador encontra-se diante de um ente [bem] e tem *interesse* em tutelá-lo, é porque o valor. Sua valoração do ente traduz-se em uma *norma*, que eleva o ente à categoria de *bem jurídico*. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser *penalmente tutelado*” (grifos do autor). Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 455.

²⁵ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

²⁶ Urge esclarecer que embora Roberto Lyra Filho seja crítico e Reale, culturalista, não se vê óbice em se tratar da obra de Lyra Filho dentro do contexto do referencial teórico adotado por dois motivos: a) todo crítico deve, necessariamente, ter também uma veia culturalista, pois, ainda que labute com a “desconstrução” do conhecimento, quando identificado como ideologia dominadora e manipuladora, necessita dialogar com a Filosofia e as demais ciências e áreas do conhecimento; b) Lyra Filho foi mencionado apenas naquilo em que converge com as idéias de Reale, ou seja: b.1) quanto ao fato de o direito ser justo (para Reale o valor do justo inere ao Direito em sua tridimensionalidade, não concebendo direito injusto tal qual Lyra Filho); b.2) quanto ao fato de que é possível lei injusta, mas não direito injusto; b.3) quanto ao fato de que o Direito não é, mas “é sendo”, que, para Reale, é retratado como um processo histórico de produção *in fieri*. Dessarte, não se vê incompatibilidade entre sobreditas posições, mas consonância. Em relação à qualificação de “crítico” imputada à Roberto Lyra Filho cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 98-102. Quanto ao trabalho de “desconstrução desenvolvido pela teoria crítica, voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional” ver Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 313 e 317.

²⁷ A respeito do jusnaturalismo clássico, Kaufmann esclarece que ele era concebido como “absoluto, universal e supra-histórico”, valia “acima do direito positivo estabelecido pelo homem” e “para todos os tempos”, tratando-se de um direito que era “objetivamente cognoscível e preexistente, no logos, na lei, na lei divina, na razão”. Cita como exemplo de um dos “deslizes jusnaturalistas” um acórdão do pleno do Tribunal Federal alemão (1954), sobre a ilicitude das relações sexuais entre os noivos por violarem “a lei moral objetiva”, sendo “por isso, actos impudicos”. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 37-62.

²⁸ Barroso leciona que o “direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão [...] A ênfase na razão humana, e não mais na vontade divina, é um dos marcos da Idade Moderna e da nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII [...]”. Prosseguindo, Barroso doutrina que “O fetiche da lei e do legalismo acríptico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de

Carnelutti prega que a regra de direito traz um conteúdo moral como preceito³⁰ (valor), esclarecendo que “a bondade, a caridade, a honestidade, a própria justiça, não são mais do que expressões do comportamento conforme esta regra [...] Por isso, não pode haver paz sem justiça”³¹ (a paz é fática, a justiça é valor), ou seja, não há progresso socioeconômico sem a promoção de justiça material, ambos são fins indissociáveis do Direito, atrelados, ainda, à segurança jurídica (ordem justa).³²

Roberto Lyra Filho³³ delata que as ideologias jurídicas são deformações da verdade, que se prestam mais à manutenção do poder, que à promoção dos valores da justiça, advertindo que as duas palavras que definem o positivismo e o jusnaturalismo são ordem e justiça, mas ambas podem levar a injustiças:

a) Justo, porque ordenado, assim define o positivismo, que não vê como inserir, nessa ideologia, a crítica à injustiça das normas, limitando-se a proclamar que elas contêm toda a justiça possível ou a dizer que o problema da “injustiça” não é jurídico, mas filosófico ou político, sendo estranho ao Direito, na concepção kelseniana de norma pura;

b) Já o lema do jusnaturalismo é “ordenado, porque justo”, pois para ele as normas devem obediência a algum padrão superior, sob pena de não serem corretamente jurídicas. Esse padrão tende a ser algo fixo e inalterável, superior a toda a legislação. Era, por exemplo, com esse discurso ideológico, que o absolutismo negava o direito à contestação das atrocidades perpetradas pelos soberanos, sob a petição de princípio³⁴ de que se ele foi escolhido por Deus, seus mandamentos tinham aquiescência divina, sendo, por esse motivo, imperativos e incontestáveis.

matizes variados”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 319 e 324.

²⁹ A propósito da paz social, convém consignar não poder haver paz no mundo se não houver paz interna nos vários países que o compõem, bem assim, não poderá haver paz interna, se não houver justiça social construída com a prestação jurisdicional individual, tal qual se edifica um grande prédio, pilar por pilar, parede por parede, sendo essencial o planejamento, a idéia precedente posta no papel para ulterior edificação. Assim se assevera que os JECs, formalmente, previstos pela Constituição Federal, agora devem, à luz dela e do Direito justo, ser concretizados.

³⁰ Preceito, para Carnelutti, é “a fórmula que reveste a regra ética”. Cf. *in Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 111.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. pp.100-101.

³² O que Carnelutti denomina de regra moral constitutiva do preceito contido na regra jurídica, nada mais é do que o elemento valor contido nesta. Embora Carnelutti seja positivista e não reconheça o caráter normativo dos princípios jurídicos – que para ele não passam de proclamações figurativamente denominadas de espingardas sem bala –, reconhece que o Direito tem de ser justo.

³³ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

³⁴ Petição de princípio é um sofisma que chega a uma conclusão aparentemente lógica e verdadeira, partindo de uma falsa premissa como se verdadeira também fosse. Ele, como todo sofisma, é produzido com a intenção de iludir, levar ou manter em erro a concepção de alguém sobre algo ou sobre outrem. A conclusão a que chega a petição de princípio não pode ser demonstrada pelo

O culturalismo³⁵ descortina a verdade, revela as deformações ideológicas e procede a um método hermenêutico valorativo, argumentativo e dialógico que, em vez de isolar o Direito em relação às demais ciências e da própria Filosofia, segundo a proposição fragmentária do positivismo clássico^{36,37}, cujo desígnio é o de tornar indiscutível a validade do Direito desde que vigente (formalmente válido), mas se despreocupando com sua validade material (conteúdo) e com sua finalidade ideal de promoção da justiça.³⁸

Os elementos do Direito apontam o valor como fim (este como fundamento), a norma como meio pelo qual o Direito realizará seu fito sob a forma de vigência, considerando sempre um fato como ponto de partida. A validade material do Direito poderá ser extraída de seu propósito (valor do justo = bem comum), enquanto que a validade formal confunde-se com a norma produzida ou extraída do material legislativo, devendo observância ao processo legislativo prescrito para a sua produção (vigência constitucional).

O Direito é uma obra social (fato), de forma normativa (norma), destinada à realização da justiça (valor). A tridimensionalidade é essa realidade que constitui o

mesmo argumento que a propiciou, pois já parte de uma falsa premissa. Para Aristóteles, é o “erro lógico que consiste em tomar por estabelecida, sob uma forma um pouco diferente, a própria tese que se trata de demonstrar”. Cf. *in* LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 815.

³⁵ O culturalismo jurídico toca à Filosofia do Direito, consistindo em uma corrente jusfilosófica que considera a ciência jurídica uma ciência cultural, própria de valorações e não de procedimentos metódicos formais, indutivos ou dedutivos, mas com base concreta e real. A teoria tridimensional de Miguel Reale é, assim, uma teoria culturalista do Direito. Cf. *in* DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico – a/c*. vol. I. 2.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

³⁶ O positivismo conservador ainda é o paradigma dominante da produção do conhecimento científico, conforme escólio de Boaventura de Sousa Santos. Tem por fito a cisão entre sujeito e objeto de estudo, em busca da produção de um conhecimento acrítico, avalorativo, descritivo que garanta a objetividade e a neutralidade da produção científica. É, também, reducionista e fragmentário no desiderato de maior especialização na produção do conhecimento que se intenta alcançar. Enfrenta problemas incontornáveis com essa proposta, pois o Direito é criação humana e o ser humano é naturalmente subjetivo, individual, social, valorativo, espiritual, etc., sendo impossível produzir algum conhecimento sem o impregnar de subjetividade. Cf. *in* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. pp. 40-57.

³⁷ Kelsen repudia o culturalismo, denominando-o “sincretismo metodológico”, por obscurecer a essência da teoria pura do Direito, mas não deixa de reconhecer que outras ciências possuem estrita conexão com o Direito. Cf. *in* KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Macho. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 17.

³⁸ Barroso aponta quatro características essenciais do positivismo kelseniano: “(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 323.

Direito e possui a dimensão de referir-se a valores em forma normativa, ou seja, o Direito é norma, elaborada pelos homens com o propósito de realizar certos valores.

Quando se assevera que a análise dos elementos do Direito parte do fato rumo à norma, integrando fato em valor, não se está a coarctar a análise do fato ao simples ponto de partida da elaboração do Direito, pois a norma, em um momento histórico ulterior, também deverá converter-se em fato, conforme a sua validade (tornando-se direito justo vivo³⁹), a sua eficácia, a evolução histórica dos fatos e, conseqüentemente, do próprio Direito, visto que a norma parte de um fato, mas se convola em outros, pois os fatos mudam, devendo a norma adequar-se aos novos fatos apresentados pela realidade histórica até enquanto a sua elasticidade sustentar, pois embora a semântica das palavras permita alguma flexibilização de seu significado original, haverá um momento em que esse elastério se romperá pelo distanciamento entre a letra da lei e a realidade (entre a norma e o fato).

Considerando que a norma carrega consigo valores identificados em alguns fatos, nela estão contidos o *ser* e o *dever ser*, o ôntico e o deôntico, a moral e a ética. Como o Direito é dinâmico, implicando a correlação do ôntico-deôntico, a norma confeccionada em relação a dado fato, portanto, ao *ser*, tem por propósito a normatização de condutas destinadas ao *dever ser*, considerando que o homem é o único ser que, originariamente, também deve ser.

Reale afirma que o homem não é um “ser histórico” apenas em razão da história passada, “mas o é pela carência de história futura”⁴⁰. Isso porque o homem, segundo escólio de Heidegger⁴¹, é um devir, é um constante vir a ser, como um ser-no-mundo dotado de possibilidades, as quais sempre são projetadas para o futuro, permitindo concluir que o homem não apenas é, mas é sendo. Nessa linha de raciocínio, a conclusão fundamental de Reale é a de que “o homem é o único ente que é e deve ser [...], cujo ser é o seu dever ser”.⁴²

O que o homem deve ser é um problema que inere ao valor, elemento vetorial e teleológico do Direito. Por isso, o homem é, originariamente, a possibilidade e a procura de seu dever ser. Esse problema nasce na falta de

³⁹ Acima das normas formais ditas “Direito positivo”, existe um ideal de Direito, que deve agir como medida racional daquele, mas que também necessita ser formalizado, materializado e edificado, tornando-se a um só tempo, papel e vida, Direito justo vivo. O ideal de justiça quando formalizado coalesce, mas quando materializado, concrece o Direito.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 138.

⁴¹ NUNES, Benedito. *Heidegger & ser e tempo*. 2. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

⁴² *Ibidem*, mesma página.

plenitude do homem ou de sua incompletude, sendo fator injuntivo para a consideração daquilo que o homem é e é chamado a ser.

Considerando o homem um ser incompleto, esse valor não deve limitar-se ao homem indivíduo, embora o homem seja a fonte de todos os valores, mas ser transcendente em relação ao indivíduo, dentro de um princípio de alteridade, pois além de fonte de valores, o homem deve ser a convergência de todos os valores, pelo ser também social que é e sempre será.

Pode acontecer de o *dever ser* tornar-se um fato pela prodigiosa eficácia da norma, ou seja, o *dever ser* se convola em ser. Porém, como o Direito é um constante vir a ser, esse novo ser, que antes era o *dever ser* da norma, possivelmente necessitará ser algo mais, clamando por um novo *dever ser*, por uma nova regra ou pela otimização do ordenamento jurídico – Esse aspecto é mais visível no mundo dos princípios jurídicos como normas de otimização do ordenamento jurídico, cujo processo é gradativo e constante.^{43, 44}

Entender o Direito – que é uma obra social (fato), de forma normativa (norma), destinada à realização da justiça (valor) – como sendo, na visão positivista clássica, a norma pela norma expressada pela força do Poder estatal para a garantia da ordem e da paz social, pura e simplesmente, é reduzi-lo a um dogmatismo vazio, inexpressivo à justiça material e ao progresso social, exacerbando seu caráter puramente normativo sob o drapejo da bandeira de uma pseudo-segurança jurídica. Admiti-lo sem o valor como sua elementar inarredável é destituí-lo de legitimidade e de fundamento, extirpando-lhe o finalismo tridimensional que lhe é próprio.

Não se deve perder de vista que o objeto de estudo do jusfilósofo é a experiência histórico-jurídica na integridade de sua estrutura fático-axiológico-normativa. Portanto, ele não se adstringirá apenas à análise do valor ou do fato ou da norma, pois quanto mais *setorizado* for o objeto de estudo do Direito, mais distantes da concretização dos ideais de justiça estarão tanto o Direito quanto o seu arquiteto e, sobretudo, os seus destinatários.

⁴³ Embora também se reconheça a possibilidade de um processo histórico involutivo do Direito propiciado por estados de sítio, de guerra, golpes de Estado, etc. Contudo, enveredar nessa pesquisa não é objeto deste trabalho, cuja digressão desvirtuaria o enfoque de construção do Direito justo em seu aspecto constitutivo tridimensional e de sua tríade teleológica.

⁴⁴ Na TTD, Reale não labora com a distinção entre princípio e regra, mas apenas com o gênero norma.

É certo que sem positividade (a norma formal),⁴⁵ o “Direito” seria pura abstração ou aspiração ideal (valor social); mas sem conteúdo axiológico (valor social), o Direito Penal seria simples força (norma) incapaz de cumprir com suas finalidades precípuas, quais sejam, a de tutelar bens jurídicos, garantindo a segurança jurídica, e, mais do que isso, a de proteger o ser humano, quer ele seja vítima de crime, quer seja o próprio delinqüente, visto que os bens jurídicos lhe pertencem (justiça material), deixando, também, de promover o progresso social. Por isso a mediação e a conciliação nos JECs são tão importantes e necessárias, o que será mais bem abordado no diálogo a seguir travado.

O caráter de unicidade do Direito, complementarmente, constituído de elementos conexos distintos, dá-lhe concretude resultante de uma correlação íntima entre cultura (valor) e técnica (norma), que, casadas, apresentam-se numa relação histórica (fática) de condicionamento recíproco, no qual se constata a dialética da polaridade de seus elementos (fato, valor e norma), implicatória da reciprocidade, como em um empuxo e repuxo, até encontrar o justo equilíbrio entre os seus três elementos e com estes, igualmente, a sua finalidade triúna.

Contudo, esse equilíbrio não é eterno, e sim momentâneo, visto ser o Direito um devir. Assim, *v.g.*, pode-se verificar que no processo produtivo *in fieri* do Direito, em busca da otimização do respectivo ordenamento, o que é bom hoje deverá ser melhor amanhã, tal qual o ser que também é dever ser, mas o dever ser não é estático, significando *dever ser mais*, sempre mais e de forma inacabada.

Cumprе anotar que o Direito matura com a dialetização de seus elementos. Esse fenômeno é denominado por Reale de “dialética de complementaridade”⁴⁶, também presente na tríplice finalidade do Direito.

Ao se asseverar que o ser do homem é seu dever ser, não se está a afirmar que todo homem age como deveria ser, pois se assim fosse não haveria necessidade de o Direito Penal cominar penas, bastar-lhe-ia proibir determinadas condutas, na certeza de que todos observariam a legislação penal.

⁴⁵ Até no Direito consuetudinário inglês existe positividade, o método de reconhecimento e produção, todavia, é diferente, pois, em vez de sua produção ser predominantemente pelo Poder Legislativo, a norma jurídica costumeira consolida-se pelos precedentes jurisprudenciais, que acabam positivando a norma de outra maneira, facilitando o exercício e a cobrança do direito consolidado nos precedentes jurisprudenciais, o que não retira a tridimensionalidade do Direito inglês.

⁴⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 67-77.

A complementaridade dos elementos e finalidades do Direito impõe um inter-relacionamento inarredável entre o filósofo (valor), o sociólogo (fato) e o jurista (norma), em relação ao discurso da validade do Direito, pois o objeto imediato de pesquisa do jurista diz respeito à *vigência* ou à obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; o objeto de pesquisa do sociólogo tange à *eficácia* ou à efetiva correspondência entre o social e o conteúdo do Direito; o filósofo⁴⁷ se encarregará do *fundamento* pertinente aos valores capazes de legitimar a norma e o próprio conteúdo do Direito.

Em suma, é importante para a compreensão dogmática, histórica, cultural, sociológica e filosófica do Direito saber o que ele é e o que ele vem a ser (estrutura elementar triádica), sendo, todavia, mais relevante saber o seu porquê e para que ele é criado (finalismo triásico), ou seja, é fundamental a consciência de que o Direito é a integração normativa de fato e valor para a consecução deste em favor da justiça destinada a todos os homens (a sua validade [fundamento] está no valor de seu propósito), tendo-os como fonte e medida de todos os valores⁴⁸, como seres individuais e sociais; físicos, emocionais e espirituais; sentimentais⁴⁹ e racionais; assim considerados em todas as circunstâncias e searas da vida.

1.2 Tridimensionalidade finalística do Direito

As finalidades do Direito (segurança jurídica, progresso social e justiça substantiva) estão dispostas tridimensionalmente, todas inter-relacionadas dentro de um campo reticular de dialetização complementar, levando em conta a (re)ligação de conhecimentos históricos, sociológicos, políticos, filosóficos. Busca-se estreitar os espaços, bastas vezes, de magnitudes abissais, entre o formal e o material, o legal e a realidade, o legal e o legítimo, o direito positivo e a justiça material, consecuições do Direito esperadas pela sociedade, como forma de

⁴⁷ Nesse sentido, Dworkin, ao tratar da judicialização da política dentro de uma proposta principiológica, assevera que todo juiz deve ser um filósofo. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁸ Só o homem possui a prerrogativa de ser bom ou mau, tudo que existe de bom ou mau na natureza assim é segundo a compreensão humana, por isso ele deve ser fonte e medida de todos os valores.

⁴⁹ Os sentimentos humanos são enfatizados neste trabalho, como direitos humanos, ao se laborar com as propostas de mediação e justiça restaurativa.

garantir-lhes segurança jurídica, progresso social e justiça substantiva, em concretização do Estado (Social) Democrático de Direito e da Constituição Federal, que deve ser muito mais do que simples proclamação sem força normativa, desditosamente merecedora, nesse particular, do apodo dado por Lassale, “constituição folha de papel”⁵⁰, quando dirigida, na expressão de Dimenstein, a meros “cidadãos de papel”⁵¹ sem os tratar, verdadeiramente, como seres reais de existência própria, individual e social, negando-lhes, dissimuladamente, a vida ao Direito Constitucional tal qual formalizado e idealizado, vedando-lhes, oculta e dissimuladamente, o colorido da própria cidadania proclamada.

Não há justiça que não seja fato, embora haja fatos que sejam injustiças. Não há justiça que não seja valor, conquanto haja valores que sejam injustos⁵². Não há justiça sem nenhuma norma, não obstante haja normas injustas⁵³. Não há Direito que não seja a um só tempo: fato e valor e norma; ainda assim esses três elementos não bastam para o Direito, porque o Direito precisa ser justo⁵⁴.

Não é qualquer valor que constitui o Direito, a exemplo execrável da eugenia e de valores ultranacionalistas da Alemanha nazista, mas o valor do justo, sendo, o valor, o elemento ponte para a tridimensionalidade finalística do Direito. Por isso, Reale assevera que “O valor próprio do Direito é, pois, a *Justiça*” (grifo do autor)⁵⁵, representando o pressuposto de toda ordem jurídica, sendo o valor do justo elemento vetorial teleológico do Direito.

Reale labora com as díades “certeza e segurança” (segurança jurídica) e “justiça-ordem” (ordem justiça) e com “a efetividade social do justo” (progresso social), considerando esses três fins do Direito mais do que a simples “virtualidade de sua experiência, ao puro valor da intencionalidade sem imediato empenho prático”, ou seja,

⁵⁰ Quando Lassale empregou sobredita expressão, referia-se a Frederico Guilherme IV, que disse: “Julgo-me obrigado a fazer agora, solenemente, a declaração de que nem no presente nem para o futuro permitirei que entre Deus do céu e o meu país se interponha uma folha de papel escrita como se fosse uma segunda Providência”. *A essência da constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

⁵¹ DIMENSTEIN, Gilberto. *Cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.

⁵² Por isso os valores jurídicos devem ser buscados à luz do ideal de Estado (Social) Democrático de Direito, coimplicando e complementando elementos e fins do Direito em dupla tridimensionalidade.

⁵³ A respeito, Kaufmann trata das “leis ignominiosas” e do “fenômeno da injustiça legal”. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 46-47.

⁵⁴ Embora sob a censura de Kaufmann: “direito justo (em rigor um pleonasma)”, em um País de tantas injustiças sociais como o Brasil, mormente pela desproporcional distribuição de renda e pelo colossal abismo entre muitos direitos fundamentais formalizados e a realidade, a redundância se faz necessária. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p.2.

⁵⁵ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 272.

com a sua realização progressiva (*in fieri*) do plano “subjetivo [‘justiça é um sentimento ou uma virtude] para o objetivo [‘efetividade social do justo]”.⁵⁶

Reale, na mesma obra acima citada (p. 33), denomina “Tridimensionalismo na França”, o que ele identificou como tridimensionalidade do Direito na obra de Paul Roubier, na qual referida teoria “que é a doutrina mais recente sobre a matéria, focaliza o conjunto do ordenamento jurídico como inspirado por três fins principais, que são a segurança jurídica, a justiça e o progresso social”⁵⁷, esclarecendo que a vida social não pode se inspirar apenas em uma dessas finalidades, que se coalescem no cenário jurídico.⁵⁸

Em suma, o Direito é duplamente tridimensional, pois deve ser fato e valor e norma, tendo por finalidade a consecução, interdependente e inter-relacionada, da segurança jurídica e do progresso social e da justiça material em um processo dialético de complementaridade.⁵⁹

1.2.1 Destrinçando a tríade teleológica do Direito

Os três elementos do Direito e suas três finalidades podem ser estudados em searas abstratamente separadas por outras disciplinas, mas não como Direito.

⁵⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 86-88.

⁵⁷ Não foi possível localizar a obra em lume, por ser antiga e estar em francês, sendo assim citada por Reale: ROUBIER, “*La méthode sociologique et les doctrines contemporaines de la Philosophie du Droit*”, na coletânea *Méthode Sociologique et Droit*, Paris, 1958, publicado pela Fac. De Dir. de Strasburgo.

⁵⁸ Reale, ainda tratando da tridimensionalidade teleológica identificada na obra de Paul Roubier, consigna que “A exigência de segurança e de certeza, ou por outras palavras, ‘de ordem, que é a condição primeira de toda possibilidade de desenvolvimento das sociedades humanas’, implica a idéia de comando e de *regra de direito*: quando essa tendência se isola ou se exacerba, e a norma jurídica se legitima tão-somente em virtude de sua *forma*, isto é, pelo poder que a impõe, temos o tipo das tendências *formalistas*, fundadas em atos de autoridade. Se, ao contrário, o que prevalece é a aspiração moral de uma *ordem justa*, temos uma tendência *idealista*, fundada no valor superior da justiça, pondo-se o direito sob a forma de princípios gerais inferidos pela razão, a cujos ditames deve se subordinar o autor da lei. Finalmente, se o que sobreleva é o anseio de *progresso social*, o reclamo do bem-estar social, em função do patrimônio adquirido pela civilização, temos as tendências *realistas*, fundadas na correspondência efetiva do direito com a experiência real, isto é, entre a rede dos usos e comportamentos sociais efetivos e a ‘utilidade social’. [...] essa decomposição do direito é esquemática, pois a vida social jamais se inspira exclusivamente numa dessas tendências: ao contrário, elas se misturam na cena jurídica [...]”. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 33-34.

⁵⁹ O polissíndeto acima enfatiza a dupla tridimensionalidade do Direito, assim como a sua coimplicação estrutural elementar-teleológica, podendo-se resumir a teoria realeana, mesmo que o próprio Reale dessa forma não tenha expressamente feito, em apenas duas palavras: Direito justo.

Nem mesmo a norma isolada pode ser admitida como Direito, pois, concretamente, o duplo aspecto da TTD impõe a união indissolúvel de seus elementos e escopos em uma trigamia eviterna que só a morte do Direito os separa.⁶⁰

Assim, o hermeneuta não pode considerar somente uma das finalidades do Direito ainda que seja apenas a norma isolada, consoante propunha Kelsen, afastando do diálogo considerações políticas⁶¹ e de justiça substantiva pelo Judiciário, Poder incumbido, segundo ele, de aplicar a norma “pura”, como se o Direito não fosse política também⁶², mas simples ato de mera declaração⁶³.

A interpretação dos fins (valor) do Direito não pode desconsiderar os meios (norma) idôneos para a sua consecução, mas o conhecimento dos meios idôneos não pode implicar a interpretação dos fins, eles – meios e fins (norma e valor) – devem estar em uma relação direta de respeito e consonância.

A norma jurídica deve ser interpretada sob um enfoque de valor e de fato, de forma a viabilizar a dogmática jurídica concreta, em vez de simples lógica formal abstrata. É força dizer, a norma (meio formal) é instrumento para a realização de valores (ideal de justiça), portanto, ela deve ser interpretada não apenas dentro de uma perspectiva lógico-formal, mas também teleológica funcional, ganhando, assim, concretude.

⁶⁰ Essa advertência apenas aparentemente se contrapõe ao título dado a este tópico. Em verdade, por estar o Direito constituído tridimensionalmente, seus elementos e fins não podem ser considerados isoladamente como se cada um deles representasse o todo, porque eles são complementares. Dessarte, este tópico e os seguintes, ao tratá-los um a um, não terão o fito de considerá-los unilateralmente como se o Direito assim fosse, tampouco se desconsiderará a natureza indivisível de sua estrutura e finalidade triásica, e sim, serão evidenciados pontos de dialetização coalescente entre eles.

⁶¹ “Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo [...]. Isso porque para Kelsen “A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica”. Cf. in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. pp. 472-473.

⁶² Ronald Dworkin pontifica que o Direito é eminentemente político, tendo por suporte argumentos de fundamentos políticos e princípios de moralidade política, que não são partidários, mas constitucionais. Cf. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 1-17.

⁶³ O juiz, para Montesquieu, era a “boca da lei” (*la bouche de la loi*), não tendo outra função a não ser a subsunção do fato à letra abstrata da lei, declarando-a em seu sentido gramatical. No sistema de legalidade preconizado por Montesquieu, estribado na divisão dos poderes, divorcia-se a justiça da política. A política era concebida apenas antes da lei como o labor que lhe permite ser elaborada e parida pelo Legislativo. A partir de seu nascimento, o juiz não deveria se ater a mais nada que não fossem as palavras da lei de *per se*, ou seja, o juiz seria um mecanismo inanimado, uma espécie de porta-voz por meio do qual a lei falaria, daí a expressão alcunhada de *la bouche de la loi*. Afirma Montesquieu que “Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei”, aduzindo que na falta de lei específica, o juiz deveria buscar o seu espírito. Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural., 1979. p. 83.

O valor é o elemento teleológico ou funcional do Direito, sendo a ponte entre a sua estrutura elementar e as suas três finalidades: segurança jurídica, progresso social e justiça material.

Em nome da segurança jurídica, colima-se avigorar o sentimento de certeza de proteção jurídica e de tranqüilidade espiritual, ao lado do progresso que busca a paz e o bem-estar social. Há, nesses fins, tendência realista fundada na correspondência efetiva do Direito com a experiência real, *i.e.*, entre a rede dos usos e comportamentos sociais efetivos e a utilidade social. Contudo, insta observar que a visão utilitarista clássica^{64,65} pode levar à produção de regras de

⁶⁴ Para Arnaud *et alii* utilitarismo é um “princípio de filosofia política, moral e jurídica segundo o qual as instituições só poderão encontrar sua justificação se elas satisfizerem o critério de produção das boas conseqüências”, fazendo referência aos fundamentos de Bentham, que seria “procurar avaliar todas as instituições segundo sua ‘utilidade’ como proposta de reforma do Estado”, devendo-se perquirir quais “as conseqüências” dessas instituições “sobre as quais convinha debruçar-se” para saber se “constituíam a felicidade humana”. Essa felicidade, diz Mora, para Bentham é o interesse da comunidade, mas “O interesse da comunidade é o dos indivíduos que a constituem e o interesse do indivíduo abarca a ‘soma total’ de seus prazeres e dores [...] o princípio da utilidade, segundo Bentham, afirma que devemos promover o prazer, o bem ou a felicidade (que são uma e a mesma coisa) e evitar a dor, o mal e o infortúnio”. Mora aduz que “de modo geral, o termo ‘utilitarismo’ designa a doutrina segundo a qual o valor supremo é o da utilidade, isto é, a doutrina segundo a qual a proposição ‘x é valioso’ é considerada como sinônima da proposição ‘x é útil’”. Há várias correntes utilitaristas: utilitarismo da maior felicidade (Bentham) em termos quantitativos; utilitarismo qualitativo-quantitativo dos afetos, mais mitigado que o de Bentham quanto ao “hedonismo”, considerando prazeres superiores, os do intelecto, pregava a tolerância e o respeito em relação à vida privada das minorias, ligando a felicidade humana à satisfação das capacidades particulares da espécie humana (Jonh Stuart Mill); utilitarismo dos atos (J.J. C. Smart); utilitarismo das regras (para Mora um forte representante do utilitarismo das regras foi Kant com seu imperativo categórico, no qual pregava: “Opera somente segundo a máxima pela qual possas querer ao mesmo tempo que se converta em lei universal” como segue: ‘Opera somente quando a máxima que, como pessoa humana e benévola, gostarias de ver estabelecida como lei universal!’); utilitarismo hedonista; utilitarismo não hedonista; utilitarismo negativo (redução de sofrimento ao mínimo); utilitarismo positivo (aumento da felicidade ao máximo). Interessa a este trabalho, para fins de cotejo com o utilitarismo garantista reformado por Ferrajoli e adotado neste trabalho, apenas o utilitarismo da maior felicidade, de cunho hedonista e positivo (não adotado neste trabalho), identificando diferenças entre eles. Cf. ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad.: Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 810-811; MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV (Q-Z). 2. ed. Trad. Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno e Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2004. pp. 2959-2961.

⁶⁵ Quanto ao princípio da utilidade tratado por Bentham e por ele renominado de “princípio da *maior felicidade*”, inicia a sua obra com este parágrafo: “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a *dor* e o *prazer* [...]. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos [...]”, aduzindo em nota explicativa que “a *norma do reto e do errado*” é a única que pode capacitar o homem “a julgar da retidão da conduta humana, em qualquer situação que seja”, assim prosseguindo: “O *princípio da utilidade* reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei [...]. O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tente a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz à mesma coisa), ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta; se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo em particular, estará em

maioria inconciliáveis com o Estado (Social) Democrático de Direito. Essas regras nem sempre são justas e democráticas, embora representem a aspiração da maioria⁶⁶, isso porque, bastas vezes, a maioria discrimina negativamente as minorias, o que se revela com um olhar *an passant* no passado, quando a escravidão era legalizada⁶⁷ ou as mulheres não eram consideradas eleitoras, sendo-lhes negado direitos políticos ativo (de votar) e passivo (de serem votadas).⁶⁸

Conquanto o utilitarismo clássico volte-se ao bem-estar social cobrado pelo progresso social e pela segurança jurídica, por se encontrar elado à concepção de democracia formal (regra de maioria), ele pode vir a possibilitar a contraposição ao ideal de justiça, constituindo, dessarte, prática vitanda. Assim, propõe-se como solução aos excessos das regras de maioria, a adoção do utilitarismo reformado

jogo a felicidade do mencionado indivíduo”. Até aqui, quando Bentham trata de um princípio de maior felicidade ou de impedimento do sofrimento para a comunidade e para o indivíduo, parece reconhecê-la a todos, quer no campo social, quer no da perspectiva individual, mas quando define o que é comunidade e o interesse desta, começa a demonstrar, de forma sutil, que labora com regra de maioria e com proposta de bem-estar geral quantitativo em desrespeito às minorias que devem, segundo ele, adequar-se às regras de maioria para incrementar a felicidade comunitária, pois, a felicidade da comunidade deve ser a felicidade dos indivíduos, embora a soma das felicidades individuais seja determinante para a felicidade geral, assim Bentham prossegue “A comunidade constitui um *corpo* fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus *membros*. Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram referida a comunidade. [...] afirmar-se-á que uma determinada ação está em conformidade com o princípio da utilidade [...] quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade da comunidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la”, ou seja, a tal “*norma do reto e do errado*” será produzida pela vontade que determina a felicidade da maioria, devendo os indivíduos aderirem a ela sob pena de tenderem a diminuí-la causando dor e sofrimento, dentro de uma “cadeia de causas e efeitos”. Cf. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. MILL, John Stuart. Sistema de lógica dedutiva e indutiva. São Paulo: Abril Cultura, 1974. pp. 9-10.

⁶⁶ Ferrajoli afirma que os direitos fundamentais são, precisamente, direitos contra a maioria, devendo funcionar como elos de proteção de qualquer cidadão contra abusos de particulares ou do Estado. Nesse sentido atua a segurança jurídica individual (art. 5.º, *caput*, do CP) tratada neste trabalho. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

⁶⁷ A abolição da escravidão no Brasil só ocorreu há pouco mais de um século, com o advento da Lei Áurea (Lei n.º 3.353, de 13/5/1888), assinada pela Princesa Isabel, em nome do Imperador D. Pedro II.

⁶⁸ Às mulheres, só se reconheceu o direito de voto e a qualidade de eleitoras em 1932 com o Código Eleitoral da época (Decreto 21.076/1932), direito guindado à magnitude constitucional somente com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934 (arts. 108 e 109), mesmo a Constituição, dita Republicana, de 1891, em seu art. 72, § 2.º, tendo reconhecido a igualdade entre todos (“Todos são iguaes perante a lei”) e, em seu art. 70 a qualidade de eleitor aos “cidadãos maiores de 21 annos, que se alistarem na forma da lei”. Isso porque o Judiciário, à época, interpretava que como o termo “cidadãos” estava empregado no masculino, não teria sido admitido, no art. 70, da Constituição de 1891, o voto feminino. Carlos Maximiliano, comentando a Constituição de 1891, consigna que “Várias tentativas houve, na Constituinte, para conferir ao sexo gentil [sic] a prerrogativa do suffragio. Fracassaram todas. Oradores acharam a idéa *desastrada, fatal e anarchica*. Portanto, a assembléa de 1891 recusou conceder às mulheres, casadas, solteiras ou viúvas, o direito ao voto”. Maximiliano chega a recitar jurisprudência norte-americana referente ao caso Robison, na qual “se firmou a regra de se não presumirem os direitos políticos da mulher; só se affirmam quando constam de lei expressa”. Cf. CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1992. pp. 650, 703-704 e SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Col. História Constitucional Brasileira. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 680.

por Ferrajoli de cunho garantista, aplicando-se a fórmula da máxima felicidade possível para a maioria não desviante e do mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.⁶⁹

O utilitarismo garantista, como um dos fatores do progresso não apenas econômico, mas, primordialmente, do progresso social, enleado ao ideal de justiça material do qual é inseparável, sem desfazimento do elo com a segurança jurídica e, dessarte, com a tríade finalística do Direito, permite uma visão ideal e reformada da concepção clássica utilitarista do Direito, que outrora era, precipuamente, de regra de maioria, que consistia apenas no bem-estar social da maior parcela da população o que, consoante já denunciado acima, poderia possibilitar grandes injustiças decorrentes da intolerância com as minorias, pois o bem-estar da maioria não significa o bem-estar de todos, dada a natureza individual do sofrimento e o direito individual de todos à diferença, dentro do critério constitucional de igualdade perante a lei, como também na forma e por meio dela, de sorte que todos sejam consentaneamente tratados "como iguais".⁷⁰

Ainda que Ferrajoli não tenha defendido que o utilitarismo garantista deva promover a segurança jurídica, não se vê óbice intransponível ao emprego da fórmula utilitarista por ele desenvolvida (desatrelada de seu substrato doutrinário original), nos termos da TTD, quanto aos três fins do Direito, permitindo, assim, prover, como critério de justiça material, a máxima felicidade possível para a maioria não desviante (na qual estão as vítimas) e o mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante (os delinquentes), sendo isso possível, *v.g.*, com a

⁶⁹ Luigi Ferrajoli, ao tratar da "ambivalência do utilitarismo jurídico", pontifica que esta correlaciona dois objetivos: "da máxima segurança e da mínima aflição", esclarecendo que "dependendo do tipo de finalidade utilitária atribuída à pena e ao direito penal: uma primeira versão é aquela que equipara a finalidade à *máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes*; uma segunda é aquela que a equivale ao *mínimo sofrimento necessário* a ser impingido à *minorias formada por desviantes*" (grifos do autor). Observa-se que Ferrajoli deixa claro que há uma ambivalência em sua fórmula, pelo que os dois lados devem ser sopesados e considerados a um só tempo, e não separada ou preferencialmente. Trabalhar apenas com a primeira parte da fórmula (felicidade da maioria não desviante) pode levar a intervenções estatais desnecessárias e abusivas, enquanto que laborar apenas com a segunda parte, poderia alentar o crescimento de um Estado abstencionista e até abolicionista do Direito Penal, pois para se estabelecer o limite mínimo necessário da intervenção estatal (em relação à minoria desviante), é mister que se considere a felicidade da sociedade (da maioria): *Ibidem*. pp. 242-243.

⁷⁰ Quanto à distinção entre o direito a igual tratamento e o direito a tratamento como igual cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 343-369.

composição de danos na esfera dos JECs, mormente quando atua como causa extintiva da punibilidade.⁷¹

Considera-se a tensão dialética entre a maioria e as minorias, a fim de atender, sempre o máximo possível, aos fins de justiça material na utilidade, sendo a justiça substantiva um dos fins fundamentais do Direito. Portanto, em casos excepcionais, em nome da justiça substancial, algumas decisões poderão ser tomadas ainda que contra o desejo da maioria e mesmo que não produza, aparentemente e de forma imediata, a paz e o bem-estar social imanentes ao progresso.

A legitimidade do Direito não se restringe às aspirações sociais majoritárias, sendo, esse problema, segundo Reale, indissociável da “idéia de liberdade como pluralidade de opções garantidas”. Dessa pluralidade “resulta a existência essencial de uma minoria capaz de policiar eficazmente os atos da maioria”⁷². Dessume-se da necessidade desse policiamento eficaz da maioria pela minoria e da idéia de liberdade como pluralidade de opções garantidas, que se o Estado inobservar esse princípio estará desrespeitando a legitimidade do Direito.

Em casos especiais, como por exemplo, no da tutela especial, mais eficaz e rigorosa de certos bens ou de bens de certas pessoas em situação de hipossuficiência, a necessidade de políticas públicas pode, em nome da justiça material, até contrariar interesses majoritários, criando mesmo algum mal-estar geral inicial, o que, *a priori*, seria nocivo ao escopo do progresso social, quiçá da própria segurança jurídica no que tange à convivência ordenada, se o repúdio fosse tamanho a ponto de desequilibrá-la.

Nem por isso se pode inferir que essa decisão tenha o cariz de lesa democracia (ofensa ao princípio de regra de maioria) ou que tenha atuado em detrimento do

⁷¹ Admite-se que Ferrajoli não pensou na TTD, bem como que alguns de seus postulados seriam contrários ao pensamento de Reale, como por exemplo, quanto ao aspecto teleológico da segurança jurídica, ainda assim sua proposta de utilitarismo reformado foi invocada para se demonstrar, visto ser este trabalho um diálogo, que com estribo nas mesmas premissas ou postulados, é possível se construir tanto teses conflitantes quanto teses complementares, reafirmando-se aqui a base constitucionalista dos JECs e sua viabilidade como agência estatal de minimização e de humanização do Direito Penal, destinada ao tratamento do conflito penal, além do encerramento do caso penal ou da decisão do respectivo litígio daí advindo. Não se trata de “argumentos malabaristas da “constitucionalização” (às avessas e rasteira) do processo penal”, como afirma Alexandre Rosa, mas um procedimento dialógico voltado a forjar as assertivas e propostas aqui realizadas no calor da discussão e de teses antagônicas, até porque a TTD coimplica seus elementos e finalidades em uma dialética de complementaridade, sendo, portanto, o caráter dialético da própria produção do Direito um vetor dos diálogos ora travados. Cf. ROSA, Alexandre de Moraes da. “Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 59-63.

⁷² REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 66.

progresso social ao propiciar, incoativa e eventualmente, um mal-estar geral, pois, a efemeridade do mal-estar geral no presente – nos termos em que aqui são propostos, ou seja, de respeito às minorias e às diferenças peculiares à individualidade – pode significar a perenidade do bem-estar social no futuro.

Ao contrário, a justiça substantiva presta adminículo ao progresso social na medida em que torna a sociedade mais justa, homogênea, horizontal, solidária, e, ao fim, as pessoas mesmas melhores do eram, porque, materialmente, mais iguais e próximas umas das outras, mantendo, assim, o equilíbrio jurídico reticular em ratificação a todos os três fins do Direito, ainda que, em casos concretos, algum deles seja, apriorística e apenas aparentemente, negado.

As tríades, quer elementar (fato, valor e norma), quer teleológica (segurança jurídica, progresso social e justiça), às vezes, aparentemente, parecem negar-se, apresentando-se polares, quando, na verdade, laboram dialeticamente para serem, no futuro, confirmadas e aprimoradas, ainda que seus efeitos não sejam sentidos em curto prazo.⁷³

Essa aparente negação antecedente entre seus elementos e suas finalidades, convola-se em confirmação e evolução do sistema jurídico conseqüente, pois os elementos e as finalidades do Direito carregam valores e, consoante cediço, todos os valores, segundo o princípio da “solidariedade axiológica”,⁷⁴ tendem a, imediata ou mediatamente, relacionarem-se, pelo que, nesse particular, os princípios jurídicos, atuando como vetores dos valores, muito contribuem para a acentuação de seu caráter normativo antepostamente proposto à otimização do sistema jurídico, sendo determinantes para a evolução gradativa, formal e material, do grau de justiça do Direito e das decisões jurídicas que o integram.

⁷³ A exemplo das ações afirmativas estatais destinadas a manter crianças nas escolas com bolsas, auxílios e alimentação, o sistema de cotas nas universidades, para negros e pobres, etc., cujo propósito inclusivo, quanto ao procedimento, cria celeuma social inicial, mas em médio e longo prazo trará inclusão social favorável a toda a sociedade.

⁷⁴ Caso típico de solidariedade de valores é o da doação de órgãos de um filho falecido pelos seus genitores a uma pessoa estranha em estado terminal. Um forte sentimento de solidariedade permite-lhes, em contraposição a valores seus de ordem religiosa, sentimental, espiritual, social, fúnebre, etc., satisfazer, em nome dos princípios da alteridade e da justiça, dando a cada um o que lhe for necessário – mesmo que não seja originariamente seu –, um valor muito estimado – o valor da vida –, quase sempre, de uma pessoa não estimada, porque, simplesmente, é desconhecida por eles, mas cujo valor por eles é (re)conhecido, apreciado e satisfeito mesmo em um momento de intensa aflição.

1.2.1.1 Segurança jurídica

Zaffaroni e Pierangeli, em tópico intitulado com a indagação “Existe a ‘segurança jurídica?’” (grifo do autor)⁷⁵, não apenas reconhecem a sua existência como direito e realidade, como a admitem também na condição de sentimento, asseverando ser a segurança jurídica uma meta dinâmica de justiça social buscada sempre em maior grau dentro da pluralidade social.

Sobreditos autores apontam, como meta única do Direito Penal, a segurança tendo por escopo a proteção de bens jurídicos e a evitação da “guerra civil”, garantindo a coexistência pacífica dos homens. Advertem que mesmo se considerando a existência da pluralidade de grupos sociais, não se deve ver a segurança jurídica como um “mito” em razão da existência de “grupos sociais com diversidade e antagonismo de interesses, poder e objetivos”, ainda que o Direito Penal se tenha prestado, historicamente, a tutelar mais os bens jurídicos de certos grupos que de outros, pois esses dados são aspectos da realidade a ser mudada, enquanto “o objetivo do direito penal é uma meta política”, ou seja, nele, há uma destinação normativo-programática também observada por Reale no Direito^{76,77}.

Assim, concluem quanto à existência e à importância da segurança jurídica socialmente justa⁷⁸, bem como em relação à peculiaridade sentimental desse direito:

ainda que sempre se tutelem mais os bens jurídicos de uns que de outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e a procurar a igualação das tutelas; ainda que o ‘sentimento de segurança jurídica’ seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o direito penal deverá contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar as condições para uma

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 93.

⁷⁶ Em outras palavras, Zaffaroni e Pierangeli encerram sua conclusão acerca da segurança jurídica, tal qual Reale, ao estabelecer uma necessária correlação e coimplicação dialético-complementar no tangente à diáde “idealidade e realidade”.

⁷⁷ Barroso prescreve que “O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 324.

⁷⁸ Embora Zaffaroni e Pierangeli, *op. cit.*, pp. 93-95, afirmem que “o direito penal não pode ter outra meta que não a de promover segurança jurídica”, destinando-se esta, exclusivamente, à “*proteção de bens jurídicos (direitos) como forma de assegurar a coexistência*” (grifos do autor), ao atrelarem a segurança jurídica a uma “estrutura social [...] mais justa”, buscada sempre em “maior grau de justiça social”, praticamente, enveredam na explicação realeana atinente à tridimensionalidade finalística do direito (segurança jurídica, progresso social e justiça material), confirmando-a em outras palavras.

generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social) [...].⁷⁹

A segurança jurídica⁸⁰, segundo consta da CF/1988, apresenta-se como gênero de três espécies:

a) Segurança jurídica individual, garantida tanto (genericamente) no *caput* do art. 5.º quanto em alguns de seus incisos, especialmente em matéria penal, segundo escólio de Lenza⁸¹, nos itens XXXIV a LXVII, trata de um direito individual de que cada pessoa é titular contra condutas desviantes, decorrentes de ilícitos civis, penais, trabalhistas, administrativos, etc., bem como contra a intervenção estatal desnecessária e arbitrária, sendo um direito individual também contra o Estado;

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 95.

⁸⁰ Esclarece-se que tradicionalmente segurança jurídica é abordada de forma distinta da segurança social e da segurança pública, o que não destoa deste trabalho na essência, senão na terminologia. Realmente, essas espécies de segurança não se confundem, porque a dita segurança jurídica refere-se ao que se denomina neste trabalho de segurança jurídica individual. Ora, se segurança (termo genérico) é um direito constitucional independentemente de sua adjetivação (individual, social ou pública) é porque toda e qualquer segurança prevista como direito na Constituição, também é jurídica, por isso se optou por tratá-la assim em termos gerais, distinguindo-a em espécies, conforme o caso, em segurança jurídica individual (que a doutrina tradicionalmente nomina apenas de segurança jurídica), segurança jurídica social e segurança jurídica pública. Não se está fazendo confusão, na essência, entre a distinção tradicional dessas três espécies, mas apenas um reajuste terminológico, fitando-se demonstrar a incongruência da rotulação de segurança jurídica apenas a uma espécie de segurança, a individual, quando as seguranças social e pública também são direitos, portanto, igualmente, jurídicas. Cumpre, ainda, deixar claro que a classificação em lume foi adotada neste trabalho sem que tenha sido procedida por Reale.

⁸¹ Pedro Lenza indigita como direitos intrínsecos à “segurança jurídica em matéria criminal”: os princípios da legalidade (ou da reserva legal), da anterioridade da lei penal incriminadora e da irretroatividade da lei penal *in pejus* (art. 5.º, XXXIX e XL); a punição, pela lei, da discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, do racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão” e dos denominados crimes hediondos e equiparados ou assemelhados, aos quais foram negadas fiança, graça e anistia, prescrevendo-se, ainda, como inafiançável e imprescritível a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5.º, XLI a XLIV); “[...] regras constitucionais sobre as penas (art. 5.º, XLV a XLVIII)”, impondo-se que a pena seja “personalíssima” e individualizada, cominada em lei, adotando, entre outras, as seguintes: “a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”, vedando as penas: “a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”, impondo que o cumprimento da pena se dê “em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; “[...] Direitos assegurados aos presos (art. 5.º, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV), entre eles: “asseguram-se às presidiárias: condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” e a todos os presos: “comunicação imediata da prisão e o local onde se encontra”, “informação ao preso de seus direitos: dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, “identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”; “[...] Regras sobre extradição (art. 5.º, LI e LII)” relativamente aos brasileiros nato e naturalizado e aos estrangeiros; “[...] presunção de inocência (não-culpabilidade) (art. 5.º, LVII)”; “[...] Regras sobre a prisão (art. 5.º, LXI, LXV, LXVI, LXVII)”; “[...] Identificação criminal (art. 5.º, LVIII)” [...]; “[...] Ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX)”. Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2006. pp. 561-565.

b) Segurança jurídica pública⁸², lastrada no art. 144, *caput*, competindo, às agências policiais, a manutenção da “ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”;

c) Segurança jurídica social, consoante espeque no *caput* do art. 6.º *et alii* da CF/1988.

Salo de Carvalho⁸³ esclarece que a segurança integra tanto o rol dos direitos humanos de primeira geração^{84, 85} (ou dimensão)⁸⁶ como o elenco de direitos sociais atinentes à segunda geração de direitos humanos⁸⁷.

⁸² A segurança pública, ora nominada segurança jurídica pública, é tão importante que a impossibilidade momentânea de sua promoção pelo Estado permite o ocídio de um homem por outro quando presentes os seus elementos objetivos e subjetivo, defender a si ou a outrem para arrostar injusta agressão, atual ou iminente, usando-se moderadamente os meios necessários (art. 25 do CP). A respeito, leciona Rogério Greco: “é preciso que o agente se veja em uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, **responsável constitucionalmente por nossa segurança pública** [art. 144], e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros” (grifou-se). Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 361.

⁸³ CARVALHO, Salo. “Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro”. In CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91.

⁸⁴ Geração, para os paladinos do termo dimensão, transmitiria a idéia errônea de superação de uma geração pela outra, embora o sentido seja o de complementaridade de todos os direitos humanos, ou seja, sobredito termo daria a falsa noção de que os direitos humanos de segunda geração seriam mais importantes do que os de primeira e menos importantes do que os de terceira geração, estes, por sua vez, seriam menos importantes do que os de quarta e assim sucessivamente. Essa crítica nasce de um pressuposto equivocado, qual seja, o de que as gerações supervenientes tendem a substituir e superar as gerações precedentes. Entrementes, não se pode asseverar que as gerações mais recentes superaram as anteriores, assim como não é verdadeira a afirmação de que os rebentos superam, em virtudes, seus progenitores. O termo geração, segundo entendimento perfilhado neste trabalho, precisa melhor o momento histórico, portanto cronológico, do aparecimento ou do reconhecimento dos vários direitos humanos em um processo sucessivo e cumulativo, em vez de substitutivo.

⁸⁵ É importante gizar a admoestação de Antônio Augusto Cançado Trindade, por ser contrário às terminologias: geração e dimensão. Ambas, segundo o autor, fogem do sentido de indivisibilidade, inter-relacionamento e complementaridade dos direitos humanos. Cançado Trindade também revela que a concepção de gerações dos direitos humanos não é de Norberto Bobbio, consoante alguns soem pensar, pois quem teria formulado a tese das gerações de direitos humanos, teria sido Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Karel teria sido quem, pela primeira vez, falara em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa (*liberté, égalité, fraternité*). A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais (direitos civis e políticos: vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade); a segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais (saúde, educação e emprego); a terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade ou fraternidade. Bobbio, que também se encontrava na palestra de Karel Vasak, vislumbrado com a classificação geracional, abordou-a doutrinariamente, sendo por esse fato, reconhecido, equivocadamente, como criador dessa classificação. Cf. no módulo http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm., consultado em 9/3/2008 e BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁸⁶ O termo dimensão não denota tão bem quanto as gerações a idéia de momento histórico de positivação e reconhecimento dos direitos humanos. Dimensão significa, no aspecto físico ou espacial, que é o mais comumente empregado, tamanho, medida, volume, extensão, grau de potência, o que pode induzir à erronia de interpretação quanto aos diversos direitos humanos dispostos em primeira, segunda, terceira, quarta e quinta dimensões, fazendo-se crer que uma dimensão é de maior grandeza ou valor que a outra. É certo que o termo dimensão, empregado

Quadra aduzir, à preleção de Salo de Carvalho, que a segurança também integra os direitos humanos de quinta geração⁸⁸, pois ela pode traduzir-se em sentimentos de certeza de proteção e garantia, de paz social, de tranqüilidade espiritual, de bem-estar do homem consigo e em sociedade.⁸⁹

A segurança, como direito e garantia individual, em matéria penal e processual penal – conforme escólio de Salo de Carvalho – está jungida a dois

filosoficamente, tem outra denotação, mas bem menos usual que o seu sentido físico ou espacial. Dimensão foi um termo adotado por parte da doutrina em substituição ao de geração para afastar a idéia de superação de uma geração pela outra, no anelo de reforçar os apanágios de indivisibilidade, inter-relacionamento e complementaridade dos direitos humanos. Todavia, o significado mais usado desse termo, ao contrário do que se propôs, enfatiza o sentido de maior grandeza das dimensões ulteriores sobre as precedentes, incidindo, portanto, no mesmo erro, porém, em maior grau denotativo, do que o supostamente lobrigado na concepção geracional. Há, ainda, outro gravame, o termo dimensão não tem a idéia de aparecimento histórico concernente ao reconhecimento e à positivação dos direitos humanos, mais bem expressada pelo termo geração.

⁸⁷ Norberto Bobbio divide os direitos humanos em três gerações. Cf. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 4-6. Contudo, há quem os divida em quatro e até em cinco gerações, a exemplo, respectivamente, de Georgenor de Sousa Franco Filho e de João Protásio Farias Domingues de Vargas. Segundo Franco Filho, os direitos de quarta geração aparecem “em duas versões. De um lado, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo”, que são, segundo Bonavides, o direito à Constituição em sua concepção material. A outra vertente de quarta geração, retornando à lição de Franco Filho, “é representada pela engenharia genética, envolvendo, entre outros assuntos, a clonagem e o direito à mudança de sexo”, que, por sua vez, encontra-se imbricado a outros direitos humanos como “os direitos à vida e à liberdade (primeira geração), à saúde (segunda geração) e à qualidade de vida (terceira geração)”, passando, a ética, a ser agora também bioética. Cf. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Ética, direito & justiça*. São Paulo: LTr, 2004. pp. 142-143. João Protásio Farias Domingues de Vargas, quanto aos direitos humanos de quinta geração, indigita o direito de ter sentimentos e de reconhecer o sentimento dos outros. Cf. www.direito.ufrgs.br/pessoais, consultado em 20/2/2008.

⁸⁸ João Protásio Farias Domingues de Vargas mestrea que “Os direitos de quinta geração, assim como os de quarta, não possuem consagração doutrinária assente como os das três primeiras. Entretanto, o **direito de ter sentimentos** e de reconhecer os sentimentos dos outros não foram consagrados nas gerações anteriores. Apesar de não dizê-lo de todo expresso, é o que Norberto Bobbio prega no último capítulo de sua obra, ‘A Era dos Direitos’, ao dissertar sobre as ‘razões da tolerância’, para além da mera racionalidade lógica e do sentido tradicional e moral dado ao termo. A quinta geração de direitos demonstra que a única coisa capaz de nos diferenciar das máquinas que nós construímos é a inteligência emocional, essa capacidade de arranjo e desarranjo mental que propicia o recondicionamento de nossas racionalidades. As gerações anteriores sempre defenderam direitos ligados à racionalidade lógica; a quinta geração emerge em forma de retorno, resgatando o que há de mais humano na humanidade, a sua capacidade inimitável de sentir. Tornou-se trivial o que Blaise Pascal afirmava: ‘o coração tem razões que a própria razão desconhece’. O reconhecimento do dano moral ou psicológico, desvinculado do dano patrimonial, no nosso modesto entendimento, é típico da quinta geração (ainda que a reparação possa ser aplicada às gerações anteriores), pois expressa o reconhecimento de um direito intrínseco à personalidade: o de ter e manter sentimentos” (grifo do autor). Cf. www.direito.ufrgs.br/pessoais, consultado em 20/2/2008.

⁸⁹ Por que não a considerar ainda como sentimentos de paz, certeza, justiça, perdão, tolerância, sinceridade, amor, satisfação, compensação, entre a vítima e o suposto autor do fato, após passarem pelo procedimento da mediação judicial nos JECs, culminando ou não com alguma conciliação (composição de danos e transação “penal”)?!

princípios constitucionais basilares de Direito Penal e de Direito Processo Penal: “(a) o *princípio da legalidade*” [...] e (b) o princípio da *jurisdicionalidade*”⁹⁰.

O princípio da legalidade, herança do Estado Liberal,⁹¹ conquista preservada na hodiernidade pelo Estado (Social) Democrático de Direito, estabelece critérios de elaboração, interpretação e aplicação do Direito Penal (art. 5.º, incisos XXXIX e XL, da CF/1988).

O princípio da jurisdicionalidade advém como corolário do princípio do devido processo legal (artigo 5.º, incisos LIII *usque* LVIII, entre outros), tornando injuntiva a limitação judicial do poder intervencionista das agências estatais repressivas, não apenas no tangente às polícias e ao Ministério Público como também em relação ao próprio Poder Judiciário, por meio do duplo grau de jurisdição.⁹²

A segurança também é arrolada no art. 6.º da CF/1988⁹³ como direito social, tratando-se de um direito social (além de individual), portanto, integrante, também, dos denominados direitos humanos de segunda geração, a exemplo da previdência social.

A segurança pública, por sua vez, vem regulamentada pelo art. 144 da CF/1988, como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para as seguintes finalidades constitucionais: “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, por meio dos diversos órgãos policiais do País, incluindo os bombeiros militares.

A Constituição concebe o direito à segurança, tendo como titulares desse direito, quer o indivíduo, consagrando a segurança jurídica individual contra os poderes públicos (intervenção estatal desnecessária) e condutas dos particulares (condutas desviantes, vingança privada); quer o próprio Estado, na preservação da ordem pública, sendo o titular da segurança pública exercida, desta feita, “contra” o indivíduo.

Não se está a predicar aqui o reducionismo do Direito ao princípio da legalidade nem que o Direito se resume a garantir a segurança, drapejando-se a bandeira

⁹⁰ CARVALHO, Salo. “Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro”. In CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 93.

⁹¹ DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992.

⁹² Zaffaroni *et alii* classificam as agências de criminalização em primária (o Legislativo que cria formalmente as infrações penais) e secundária (policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários), sendo estas as agências responsáveis pelo cumprimento dos programas da agência primária “o *deve ser apenado* [...]” (grifo dos autores). Cf. ZAFFARONI, E. Raúl *et alii*. *Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 44.

⁹³ “Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Grifou-se.)

positivista e reducionista “de ordem e progresso”⁹⁴, em desconsideração à justiça substantiva como fim inarredável do Direito, dada a sua teleologia triádica.

A díade “justiça e ordem” (justo e segurança) deve ser considerada, mas em consonância coimplicativa com as díades “justiça e progresso” (justo e progresso social) e “ordem e progresso” (segurança e progresso social), pois se esses valores se complementam, devem ser considerados sempre conjuntamente, buscando-se a satisfação finalística do Direito em sua tridimensionalidade.

O poder público atua sobre o corpo social ininterruptamente e, amiúde, de forma imperceptível no campo geral, mas de maneira visível quando intervém sobre dado indivíduo. Contudo, a intervenção estatal pela segurança jurídica, quer individual, quer geral, pode ser sentida socialmente ao longo de certo tempo, com o maior ou menor sentimento de proteção jurídica que se instala em proporção direta com a maior ou menor eficácia da justiça material dessa intervenção, repercutindo assim no progresso social, inconcebível com a falta de segurança jurídica e de justiça substantiva.

A norma jurídica garante, em atenção ao princípio da legalidade, a segurança jurídica, por meio da certeza dos direitos positivados, regulamentando contratos, condutas, direitos e deveres, máxime, coarctando a intervenção política estatal, quando desnecessária, em suas multifárias atribuições. Portanto, segurança jurídica impõe também a adoção de concepção de comando e de regra de direito.

O conteúdo moral do Direito é revestido de preceito pela norma jurídica, necessitando de coercitividade para garantir a sua eficácia. A regra moral é insuficiente para garantir segurança, progresso social e justiça, porque – lembra Carnelutti – “a regra ética não fala senão à consciência. E nem todos os homens, dizia eu, são sensíveis à sua voz”.⁹⁵

Quando modelos de ação são formalizados pelo homem, projetam o próprio homem para fora de si, submetendo, mediante o somatório do poder coercitivo estatal, o mesmo homem criador da norma, à sua própria criação. Assim, a eficácia do Direito estará sempre mais patente quanto maior for a projeção de seu criador no modelo de conduta por ele criado, sendo o poder coercitivo estatal necessário apenas como

⁹⁴ Lembra-se que Getúlio Vargas justificou a sua ditadura no preâmbulo da Constituição de 1937, nas “legítimas aspirações do povo brasileiro”, no escopo de impedir a “guerra civil” no Brasil. Cf. in PORTO, Walter Costa (org.). *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. vol. IV. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 69.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 103.

coadjuvante em relação àqueles que não se adequarem ao modelo criado. Por essa razão, afirma-se que o homem é a fonte e a medida de todos os valores.

A coercitividade das normas jurídicas é imprescindível como fator de eficácia, todavia, quanto maior for o grau de legitimidade das normas, menor será a necessidade da intervenção do poder coercitivo estatal, por se constatar na legitimidade do Direito positivo a incrustação de valores sociais, portanto, de valores estimados que projetam o homem de seu interior para a sociedade, retornando da sociedade para o seu interior.

A idéia de comando não pode ser exacerbada nem se isolar no aspecto formal, deve contar com a legitimidade proveniente da soberania popular, como aspecto imanente à democracia. Portanto, ao Estado (Social) Democrático de Direito, não basta o comando, há necessidade de a norma jungir-se ao fim de justiça com propósito progressista, considerando o homem como valor fonte de todos os valores, em sua ambivalência individual e social, devendo o Poder público laborar pelo e para o povo.

Inexoravelmente, o elemento “norma” e a finalidade “segurança jurídica” devem-se integrar e se complementar com os outros elementos (fato e valor) e demais fitos do Direito (progresso social e justiça substantiva).

É injuntivo que a norma se apresente como meio para a consecução dos fins da justiça e do progresso social. Se prevalecer, na construção do ordenamento, não a ordem pela ordem, mas a concepção ideal de “ordem justa” como aspiração moral que seiva a norma com valores superiores da justiça, o Direito se apresentará como um sistema jurídico fincado em princípios gerais inferidos pela razão, a cujos mandamentos de otimização, o legislador em especial, e todos os outros atores do Poder político, além dos demais integrantes da sociedade, respeitada a sua concepção pluralista, deverão se subordinar.⁹⁶

⁹⁶ Até mesmo Kelsen, que preconiza ser objeto de estudo do Direito a norma pela norma, reduzindo o Direito a uma expressão de força e poder, incluindo o próprio Estado como uma instituição destinada a manter o poder pelo poder, utilizando o Direito como mecanismo de dominação, reconhece que o emprego da força sobre os cidadãos deve ser limitado, proibindo-se ao Estado ultrapassar seus lindes legais, “garantindo um mínimo de segurança colectiva que é condição de uma eficácia relativamente durável da ordem constitutiva da comunidade”. Contudo, o ideal seria, em vez de se ter o máximo de intervenção estatal com um mínimo de segurança, no escopo de se evitar revoltas e a queda do próprio Estado, que, em nome da segurança jurídica justa, houvesse o mínimo de intervenção estatal, garantindo o máximo de segurança jurídica com progresso social, permitindo a continuidade do Estado de forma legítima e democrática. O reconhecimento, todavia, desse grau evolutivo chega a colocar a teoria kelseniana em contradição, pois não há como o Direito evoluir sem que suas normas e seu sistema sejam progressivamente mais justos. Neste particular, Kelsen também reconhece que o Direito não é feito de normas isoladas, mas de um “sistema de normas”, de um ordenamento, que deve ser considerado em sua totalidade, o que contradiz a sua propugnação pela produção de uma

A norma ou a forma é muito importante aos valores jurídicos, porque o Direito se constitui em realidade, sendo, verdadeiramente um fato capaz de realizar valores quando, devidamente, positivado⁹⁷, ainda que seus princípios estejam apenas implícitos, desde que ínsitos no ordenamento jurídico. Daí se deduz que os princípios, implícita ou explicitamente, devem estar contidos no sistema jurídico, *i.e.*, positivados, sendo, portanto, a segurança jurídica um fim pilar do Direito.

A segurança jurídica carrega como finalidade um aspecto de ordem objetiva e outro, subjetiva, observados na natureza histórica humana que, através dos tempos, busca tutelar bens jurídicos, garantindo, assim, a sua própria segurança em um aspecto objetivo por meio da eficácia das normas e da tutela dos bens jurídicos, mas também em uma ordem subjetiva tangente ao sentimento de certeza, de segurança e de tranqüilidade espiritual decorrente dessa proteção.

Em momentos distintos, o Direito deverá alcançar dois aspectos da segurança jurídica: um relativamente objetivo decorrente da eficácia e validade (formal e material) de seu sistema normativo; o outro, de caráter subjetivo, constatado no sentimento humano coletivo de tranqüilidade espiritual advindo da certeza quanto à eficácia e validade do Direito, portanto, de real proteção dos bens jurídicos.

Reale pontifica que embora segurança e certeza não se confundam, são valores que imediatamente se coimplicam, formando uma díade inseparável, em que, de maneira mediata, todos os valores se correlacionem, segundo o princípio da “solidariedade axiológica”.⁹⁸

Segurança e certeza são coimplicatórias e complementares porque quanto mais o Direito justo se torna certo, mais gera condições de segurança nos aspectos objetivo (a eficácia da norma constitui fato) e subjetivo (sentimento de tranqüilidade e de paz espiritual).

Por meio da *incerteza* decorrente da *certeza* apenas relativa de segurança jurídica (aspecto tangente ao sentimento), associada à complementaridade finalística

ciência jurídica neutra, objetiva e avaliativa. Cf. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Macho. Col. Studivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 78 e 80.

⁹⁷ Quanto à necessidade de positivação dos direitos, para que possam ser cobrados pelo indivíduo, Dworkin apostoliza que na concepção de Estado de Direito “centrado em direitos”, os cidadãos que têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, necessitam que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo “para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais [...]”. Cf. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 7.

⁹⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

triásica do Direito, revela-se a instabilidade do mundo, *i.e.*, se a certeza é relativa e o Direito, como produto cultural, é provisório, porque nunca é um produto acabado, é força concluir que quanto mais completo ele for, em sua tridimensionalidade elementar e teleológica, quanto mais contextualizado e menos fragmentado ele estiver, mais próximo da certeza, da realidade, do mundo e das pessoas, ele estará, conquanto essa colimada realidade jamais venha a ser alcançada em dimensão absoluta, dada a incompletude humana e sua natureza disposta em um constante devir, fatores, esses, determinantes da idiossincrasia programática do Direito.

Portanto, o Direito, ao ser produzido, deve primar por sua validade formal (vigência) e material, em base democrática, a ponto de também garantir a sua legitimidade e eficácia, destinando-se, em caráter complementar e inseparável de seus demais desideratos, à promoção do sentimento de segurança carecido pelas pessoas, em busca da tranqüilidade espiritual advinda da certeza (pres)sentida pela efetiva proteção de seus bens jurídicos.

O Direito positivo e os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade são, assim, acentuadamente importantes à segurança jurídica e à concepção tridimensional teleológica do Direito, ainda que a segurança jurídica, em seus aspectos objetivo (eficácia da norma protetora como fato) e subjetivo (sentimento de tranqüilidade e paz advindos da proteção factual), seja, na experiência, relativa, não se podendo desatar o elo caracterizado pela *díade* “ordem-justiça”, pois segurança jurídica se constrói com o ideal de “ordem justa”.

1.2.1.2 Progresso Social

O progresso social consiste na idéia de evolução constante da qualidade de vida, do bem-estar e da felicidade de todos, quer no aspecto social, quer no individual, tendo por fim tornar melhores o indivíduo e a humanidade, sendo essa uma das finalidades do Direito que tem por guião a paz e o bem-estar social com justiça material, que se constrói com “a efetividade social do justo”⁹⁹.

⁹⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. pp. 86-88.

Lyra Filho¹⁰⁰ pontifica que o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos, sendo essa a essência e a finalidade do Direito volvidas ao progresso social.

A concretização desse escopo cobra uma correspondência efetiva entre o Direito formal e a realidade social, buscando-se a utilidade social do Direito formal (norma positivada) sem nunca se afastar dos valores jurídicos informadores da justiça de suas normas.

O utilitarismo pode ser um bom vetor do progresso social, mas desde que ele próprio tenha por norte inarredável o valor da justiça (bem comum), deste nunca se desvencilhando, sob pena de exacerbar-se em busca de um bem-estar geral (da maioria) sufocando direitos fundamentais individuais, mormente quando dirigido apenas por regras de maioria e pelo ideal de bem-estar geral que pretere tanto a felicidade quanto o sofrimento individual, máxime das minorias qualitativas (pobres, negros, consumidores, etc.), em favor de um quadro geral de paz e felicidade da maioria, tornando-se nocivo ao Estado (Social) Democrático de Direito.

É importante esclarecer que, em nome do progresso social, ainda que se promova um aparente e momentâneo bem-estar geral, as minorias, por mais frágeis e exíguas que sejam, não devem ser excluídas, muito menos discriminadas por medidas e regras de submissão (a mulher em relação ao homem na sociedade patriarcal, rurícolas submetidos à situação análoga a de escravo), de intolerância (relacionamento homoafetivo, prostituição, xenofobia, racismo), *a fortiori*, de eliminação (judeus na Alemanha nazista).

Até o positivista Kelsen reconheceu inexistir democracia sem reconhecimento de direitos às minorias, apontando como elemento característico da democracia a não-oposição absoluta aos interesses da minoria, pois a sua existência é pressuposto da existência da maioria, não se concebendo, nessa ordem, uma ditadura desta sobre aquela.¹⁰¹

Considerando não ser raro haver homens morrendo de seus remédios, e não de suas doenças, é bom citar que a necessidade de se promover a segurança

¹⁰⁰ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

¹⁰¹ Kelsen pontifica que “O princípio da maioria em uma democracia é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático, por ser contrário ao princípio da maioria, excluir qualquer minoria da criação da ordem jurídica, mesmo se a exclusão for decidida pela maioria.” Cf. p. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 411.

jurídica e o progresso social seja dosada de forma equilibrada a ponto de se evitar a hipertrofia do poder interventivo estatal quando desnecessário, por ser excessivo em suas ações, ou inadequado quanto aos meios. Por isso, é fundamental saber quando há necessidade de o Estado intervir e por que meios e fundamentos democráticos essa intervenção se efetivará, não se resumindo – itera-se – a democracia à regra de maioria, cuja superdosagem pode aniquilar a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e até a vida de muitos.

A finalidade de justiça substantiva complementa dialeticamente o fito de progresso social, devendo adequar-se à realidade social, garantindo, à sociedade, utilidade social justa, considerando a sociedade em seu aspecto plural e o princípio da igualdade material como desiderato.

Reale pontifica que o Direito sempre se refere ao todo social como garantia de coexistência, mas não reconhece qualidade jurídica a ordenamentos ilícitos ou criminosos, consoante apostola Kelsen^{102, 103}, como simples ordem exterior de coexistência ou com simples natureza econômico-utilitária, pois há necessidade de se reconhecer o Direito “como expressão de valores de convivência segundo um centro último de referibilidade”¹⁰⁴, que é o homem, em sua díade “indivíduo e social”, e não o governo, o Estado ou o Poder deste.

Como o homem é, ao mesmo tempo, “indivíduo e social”, o Direito possui uma bilateralidade atributiva, considerando o homem nesses dois momentos, no escopo de realizar a sociedade como comunidade concreta. Nessa comunidade, o

¹⁰² Kelsen entende que se um grupo de salteadores ameaça alguém tomado de assalto, essa ameaça cria um sentido subjetivo de dever ser, pois equivale a um mal a ser ministrado em caso de desobediência da vítima, mas não é norma jurídica porque não possui o sentido objetivo, cujo pressuposto de validade é a criação da norma por um órgão competente, tendo atendido ao processo legislativo constitucional. Todavia, se esse mesmo grupo de bandoleiros toma o Poder Político, assegurando o monopólio dos meios coercitivos estatais, as normas por ele produzidas, gozarão da qualidade de normas jurídicas, pouco importando seu conteúdo de justiça e sua legitimidade. Referindo-se à ameaça de salteadores, Kelsen assevera que “Se esta ordem de coação é limitada em seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como Estado”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 79.

¹⁰³ Carnelutti é mais enfático em seu posicionamento, tendo afirmado que “[...] tanto a nação como uma associação de malfeitores, podem segregar do seu seio comandos jurídicos [sic]; mas para que exista entre os homens que constituem uma e outra, uma ordem jurídica, é preciso que uma exclua a outra, que uma ordem seja imposta pelo vendedor. A história do direito mostra-nos, sob este aspecto, longas vicissitudes de lutas entre grupos, cada um dos quais, para prevalecer, tende a assumir a função de produtor do direito. No final de contas, a constituição do direito, aliada à vitória de um grupo sobre os outros, é um fenômeno de seleção, ao qual aquela luta serve de instrumento”. Cf. in CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 143.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 704.

homem não é apenas um elemento abstrato no todo social ou um número a mais compondo um conglomerado ocasional de indivíduos. Ele deve ser considerado um ser real, de existência própria, individual e social, dentro de uma verdadeira ordem de cooperação¹⁰⁵ e de coexistência.¹⁰⁶

A incompletude humana determina a sua transcendência, pois como ser social, necessita se completar com os outros. Por isso, o progresso social deve ser construído, possibilitando aos homens e aos grupos que se desenvolvam livremente, completando-se econômica e eticamente uns aos outros, edificando, dessarte, uma comunidade que garanta qualidade de vida e bem-estar geral e individual de forma concreta.

O progresso social, mais do que o progresso econômico, é um fim do Direito a ser construído por meio da justiça distributiva e da solidariedade humana¹⁰⁷, o que se alcança com a concretização da solidariedade de valores.

O progresso social está, portanto, em um edificar incansável do ordenamento jurídico posto e ininterruptamente elaborado pelo Estado (Social) Democrático de Direito, adotando o homem como fonte de todos os valores. O bem-estar geral é uma consequência dessa construção *in fieri*.

¹⁰⁵ O princípio da cooperação será abordado no capítulo destinado ao diálogo crítico propriamente dito, antecipando-se, por ora, que ao juiz é imposto o dever de cooperar dialógica e ativamente na solução do conflito penal com os envolvidos, mediando a cooperação também entre eles, todos somando esforços nesse mesmo desiderato. Sobre referido princípio ler DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. Salvador: Podivm, 2007, pp. 55-56.

¹⁰⁶ Cumpre registrar que a solidariedade integra os direitos humanos de terceira geração, imbricada à necessidade de justiça distributiva, sendo ela princípio (art. 4.º, inc. IX, da CF/1988: “Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade), valor e bem jurídico, figurando este, *v.g.*, no Direito Penal com a tipificação do crime de omissão de socorro (art. 135 do CP). Também pode ser conferida no reconhecimento internacional dos direitos dos povos e da humanidade, a exemplo plástico da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, proclamando que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de suas riquezas e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento social, econômico e cultural, à paz e à segurança; reconheceu-se, também, que se devem promover direitos à humanidade, considerada em seu todo solidário, preservando-se sítios e monumentos considerados parte integrante do patrimônio mundial, a comunhão das riquezas minerais do subsolo marinho, a preservação do equilíbrio ecológico do planeta, todos apontados por Comparato como fatores de um longo processo de unificação da humanidade, fazendo prevalecer a cidadania mundial, tratando o homem como cidadão do mundo, com integral respeito aos direitos humanos, segundo o princípio da “solidariedade ética”. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 43-45.

¹⁰⁷ Franco Filho doutrina que “Na terceira geração dos direitos fundamentais, estão os direitos de solidariedade e de fraternidade”, esclarecendo que essas expressões não são sinônimas, pois o “princípio da solidariedade possui consciência subjetiva de cada juízo de valor e é mais profundo que o de fraternidade, porque é um sentimento mais forte. São direitos difusos, como os direitos à paz e ao desenvolvimento, incluindo-se, nesse particular, o direito ao meio ambiente sadio e à qualidade devida. Na *Lex Fundamentalis* em vigor, espraiam-se, *v.g.*, pelos arts. 4.º, 220 e 223”. Cf. FRANCO FILHO, Georjenor de Souza. *Ética, direito & justiça*. São Paulo: LTr, 2004. p. 141.

Outro aspecto importante do progresso social diz respeito ao caráter pragmático do Direito¹⁰⁸. Segundo Montoro¹⁰⁹, o Direito compõe-se de cinco significações. O Direito é norma (significa a regra social obrigatória); é faculdade (significa o poder, a prerrogativa que o Estado tem de criar leis); é o justo (significa o que é devido por justiça); é ciência (significa a própria ciência do Direito) e é fato social (significa que é considerado como fenômeno da vida coletiva).

O Direito tem por objeto a realização da ordem na vida social¹¹⁰, sendo, assim, uma ciência prática, e não puramente teórica.¹¹¹ Observa-se, assim, que a justa ordenação da vida social tem potencial para concretizar os três desideratos do Direito: segurança jurídica, progresso social e justiça material.

Os caracteres pragmático (factual e factível) e programático do Direito (construção *in fieri*) e da realizabilidade de seu valor (do justo) impõem a eficiência dos serviços públicos; entre eles, o dos JECs. Quanto mais esta for eficiente e justa, mais bem edificados estarão a segurança jurídica e o progresso social. Essa preocupação com a aplicabilidade do Direito deve canalizá-lo para a concretização. Assim, por meio do conhecimento teórico, busca-se a eficiência no estabelecimento de condutas de agir, capazes de promover qualidade de vida a todos e o bem-estar social com justiça.

1.2.1.3 Justiça material

A justiça material, como fim do Direito, implica uma tendência idealista de concretização do bem comum¹¹², que reconhece a sociedade pluralista e propõe a

¹⁰⁸ A tridimensionalidade deve ser real, pois o Direito só é justo se for efetivo. Aquilo que normatizado como Direito justo, só edificará o progresso social e a própria justiça material, como *ius vivens*, quando efetivamente concretizado.

¹⁰⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed., São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 33.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹¹¹ André Franco Montoro esclarece que “O direito não é apenas uma ciência teórica, aquela que conhece por conhecer, como é o caso da física, da anatomia, da geometria, etc., mas acima de tudo uma ciência prática ou normativa, que conhece para dirigir a ação, é uma ciência com finalidade ulterior a do conhecimento, como a engenharia, a medicina, a arquitetura, cujo objetivo é curar, construir ou planejar. É também o caso da política, da pedagogia ou da moral, cuja finalidade é orientar a conduta individual ou social do homem”. Cf. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed., São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 33.

¹¹² O bem comum consta como desiderato a ser alcançado pelo juiz no art. 5.º da LICC, na qualidade de norma de superdireito. Logo, esse ideal é imperativo ao intérprete. Barroso, a respeito do método teleológico de interpretação da Constituição, referindo-se ao bem comum, encontra

adoção de decisões e regras plurais, na promoção de uma democracia substancial e à luz das concepções de Estado (Social) Democrático de Direito e de Constituição material¹¹³, que não apenas declara (acepção formal), mas que também promove direitos.

Prefere-se o termo justiça no sentido objetivo, por indicar a “ordem social que os atos de justiça projetam ou constituem”, assim, “objetivamente a justiça se reduz à realização do bem comum”, mais precisamente a justiça no sentido objetivo “é o bem comum *in fieri*, como exigência histórica constante de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade”.^{114, 115}

esteio na tridimensionalidade teleológica do Direito: “A Constituição e as leis, portanto, visam acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro, em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, para consagrar o método teleológico, ao dispor, no art. 5.º da Lei de Introdução do Código Civil, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social [leia-se este último desiderato: progresso social]”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

¹¹³ Conforme Canotilho, a Constituição material é a Constituição formal, normativa e instrumental mais o conjunto de valores, princípios e praxes que constituem a visão ético-política essencial em torno da qual se agregam as forças hegemônicas da comunidade. Assim, a Constituição material é o conjunto normativo-material que regula a estrutura do Estado (divisão de poderes) e a sociedade em seus aspectos fundamentais (direitos fundamentais de liberdade), independentemente da fonte formal da qual essas normas surgiram. Portanto, na preleção de Canotilho, as leis infraconstitucionais integram a concepção de Constituição material, sempre que versarem sobre direitos fundamentais. Essa assertiva é importante, pois embora o § 3.º do artigo 5.º (EC n.º 45/2004) só reconheça a equivalência de emenda constitucional dos tratados concernentes a direitos humanos desde que aprovados por maioria de três quintos nas duas Casas do Congresso Nacional, o tratado do mesmo jaez, cujo *quorum* não for alcançado, ainda assim integrará a concepção de Constituição material, máxime se concretizados, pois a essa concepção interessa mais a edificação real da Constituição do que a forma dada ao direito. A praxe é considerada nessa concepção, pois nela se identifica a convergência entre o texto formal (escrito) e a realidade social e jurídica. Só há Constituição material se o texto constitucional for concretizado na realidade. Havendo apenas a forma, sem conteúdo de justiça substantiva não há Constituição na concepção material. O conceito material ou substantivo de constituição atende à propugnação do constitucionalismo e ao que hodiernamente se concebe como Estado Democrático de Direito. Esse conceito tem peanha em três princípios: princípio da soberania popular; princípio dos direitos fundamentais; princípio da divisão de poderes. Destarte, só haverá constituição material ou substantiva, ainda que o texto normativo obtenha a antonomásia de constituição e formalmente se apresente como lei constitucional (hierarquia e procedimento de formação agravado), se e somente se, primacialmente, respeitar a esses três princípios basilares, do contrário não haverá constituição material. Sobre o tema ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 65-70 e *Idem*, *Direito Constitucional: e teoria da constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 87-100; 1093-1118.

¹¹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 276.

¹¹⁵ Martins Filho pondera que, ao contrário do que se possa pensar, bem comum “não é um princípio meramente formal ou demasiadamente genérico e teórico, sem conteúdo determinado, mas um princípio objetivo, que decorre da natureza das coisas e possui inúmeras conseqüências práticas para o convívio social”. [...] ‘A alma do Bem Comum é a Solidariedade. E a solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, e não apenas aristocrática, burguesa ou proletária. É um princípio que deriva dessa natureza naturaliter socialis do ser humano. Há três

O problema de se conceber e de se administrar a justiça também é um problema de paradigma conceitual. Logo, importa saber o que é justiça na seara penal. Nenhum pensamento científico pode fugir ao inter-relacionamento de conceitos nem ficar alheio à emolduração jerárquica anterior desses conceitos. O que leva à conclusão de que quando o paradigma está errado, as produções legislativas, interpretativas, doutrinárias e as decisões em geral desembocam na mesma (má) sorte.

Marcos Rolim leciona que:

[...] pensamos dentro de 'lugares' mentais, espaços de ordem e sentido, que organizam e limitam o entendimento. [...] Esses "espaços mentais" são os nossos "paradigmas". Normalmente, quando nossas idéias não conseguem mais dar conta dos fenômenos, a tendência é reformá-las, mas dentro do mesmo paradigma¹¹⁶.

Quando se pensa sobre a "Justiça' em Direito Penal também se labora a partir de um paradigma", o espaço mental, que Marcos Rolim predica de "sala", emoldurado pela modernidade, diz que "fazer justiça' é punir alguém que seja culpado". É a partir dessa moldura que alguns doutrinadores "radicalizam a demanda porque a imaginam efetiva" como modelo de promoção da justiça; "outros, convencidos de que ela produz mais problemas que soluções, buscam formas de minimizar o uso e os efeitos das condenações".

Contudo, o paradigma da justiça pela punição, retribuindo-se um mal praticado pelo infrator por outro aplicado pelo juiz, implica um resultado que "não altera a vida das vítimas", sendo, em relação a elas, inócuo e até iníquo, máxime, quando de sua condição de derrelição pelo Estado, a vítima anula-se, suicida-se ou, em busca de vingança e/ou de solução para seu caso penal, lesiona ou mata seu agressor. Por isso, à vítima, deve-se permitir um espaço na seara penal para ser tratada pela mediação e poder obter, de forma mais célere e econômica, a reparação do dano,

estados naturais do homem, que representam a sua condição ao mesmo tempo individual e social: a existência, a coexistência e a convivência. Isto vale para cada homem, como para cada povo e cada nacionalidade". Conclui que "Bem Comum nada mais é do que o próprio bem particular de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade: 'O bem comum é o fim das pessoas singulares que existem na comunidade, como o fim do todo é o fim de qualquer de suas partes'. Ou seja, o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ele representa o seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao bem próprio". Cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*, texto consultado da internet, no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11&p=1>, em 10/6/2008.

¹¹⁶ ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa*, 2006. Disponível em <www.rolim.com.br/2006/index.php>, consulta feita em 30/6/2006.

diminuindo ou evitando com essa composição as conseqüências negativas e o sofrimento a ser infligido ao suposto autor do fato (sanção penal).

Léon Duguit, ao combater a concepção filosófica da produção de um Direito composto por regras absolutas e imutáveis, concebidas dentro de um ideal abstrato e pouco prático esclarece que a regra de direito é uma “regra variável e mutável; e o papel do jurisconsulto consiste em determinar qual a regra de direito que se adapta exatamente à estrutura de certa sociedade”¹¹⁷, ou seja, o Direito deve considerar a realidade social para a sua produção.

O ideal da justiça material como finalidade maior do Direito já foi dito acima, mas não torna verdadeira a assertiva de que o valor é o elemento mais importante do Direito, muito menos o seu único elemento, porque o Direito é tridimensional, não se constituindo apenas de valor.

Quem só constatar o valor como elemento do Direito, sem a interdependência e complementaridade do fato e da norma, não alcançará o progresso social, a segurança jurídica e a justiça material que necessitam da facticidade, ou seja, de sua concreção. Sem eles, nem sequer se estará no campo do Direito, mas da Filosofia em sua pura abstração.

O valor da justiça substantiva deve ser concretizado com progresso social e segurança jurídica e vice-versa. Sem essa tridimensionalidade finalística, o fim ideal da justiça material será utópico¹¹⁸ e eminentemente etéreo, por falta de consonância entre a idealidade e a realidade.

O Direito deve ser tomado pela Filosofia como problema de análise para propostas concretas de realização do bem comum, garantindo segurança jurídica e progresso social, permitindo que filósofo e jurista se complementem. Primeiro, porque um não pensa igual ao outro nem se deve desejar isso; segundo, porque é patentemente reconhecida a incompletude do conhecimento humano, *a fortiori*, quando segmentado, conforme a orientação do positivismo clássico.

¹¹⁷ DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 20.

¹¹⁸ Não se nega uma certa dose de utopia no Direito, permitindo-se afirmar com um toque de poesia que alguns sonhos possuem valor profético. Os valores são fatores do dever ser do homem, fazem-no caminhar eternamente nesse mister, pois se é certo que o homem é o único ser que também é seu dever ser, igualmente, correta é a asserção de que o dever ser do homem nunca é com exaço, concretizando-se, paulatinamente, no passar da história humana, pois o devir humano é um eterno dever ser mais. Quadra recitar como recurso retórico frisante, em tom poético, mas sem desvirtuar da orientação técnica em exame, que se não fosse o direito de sonhar como seiva que jorra na esperança dos homens, os direitos humanos, tamanha a aridez do mundo e dos corações humanos governantes, morreriam de inanição como os flagelados da Etiópia.

Compete à Filosofia procurar, mediante uma análise crítico-histórica dos fenômenos e métodos jurídicos, compreender como os valores transcendentais da justiça se concretizam, permitindo ao Direito a correspondente concreção, ou seja, a normatização de fatos destinados à consecução de valores.

Às díades “certeza e segurança” e “ordem e progresso”, está também emaranhado o binômio “justiça e ordem” em coimplicação, por vezes, polar e, sempre, complementar.

A díade “justiça e ordem” pode ser pensada objetiva e subjetivamente. Objetivamente, como sendo a “ordem justa”, o direito posto que garante segurança e bem-estar geral justos. Subjetivamente, por estar impregnada da “virtude de justiça”, pois a justiça é um sentimento ou uma “virtude”. Assim, o bem-estar geral não pode ser aferido em uma concepção de mera maioria, devendo considerar como fator de aferição o bem-estar da pluralidade social, constituída da maioria e das diversas minorias, em respeito ao princípio da igualdade com a garantia de respeito às diferenças.

Como o Direito é cultural, refletindo a imagem e a semelhança de seu criador (o homem), não se concebe haver justiça sem que haja homens justos. Sem virtude, não há justiça.

A necessidade de efetivação social do justo determina que se parta do objetivo (ordem justa) para o subjetivo (a virtude da justiça), tornando possível a utopia (ideal do justo), atribuindo-se pragmatismo à justiça, cuja virtuosidade não deve ficar afeta apenas às proclamações abstratas, devendo estender-se às normatizações de aplicações práticas imediatas.

A justiça, pontifica Reale¹¹⁹, representa um valor franciscano, do ato de dar, de distribuir ao próximo – mormente ao hipossuficiente. Por isso, justiça não se resume em dar, a cada um, o que já é seu (dele), pois haverá aqueles que nada terão para receber, porque nada possuem, mas impõe distribuir o excedente, assim como se deve dar a cada um, segundo as suas necessidades e interesses individuais, sem fugir do dever quanto à manutenção da convivência social ordenada, colimando-se concretizar o “bem comum” com a construção de uma sociedade mais homogênea em termos de estratificação social, para que seja cada vez menos vertical com a permeabilidade da igualdade material de todos, respeitando-se, sempre, a pluralidade social com tolerância e respeito às diferenças próprias das minorias.

¹¹⁹ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Dessarte, a “Justiça não é um valor que tenha um fim exclusivamente em si mesmo: é um valor supremo, cuja valia consiste em fazer com que todos os outros valores valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes”¹²⁰, impondo-se arrematar que sem base justa tendo por propósito a realização do bem comum não haverá ordem nem segurança jurídica, muito menos progresso social, não se podendo pensar em um pilar que não seja concreto, pois, sobre o meramente etéreo, nada concreto se sustenta, tirante o pensamento existente, ainda assim abstrato enquanto não materializado.

1.3 Tridimensionalidade do Direito Penal

Reale giza a contribuição doutrinária de Hans Welzel, corifeu da teoria finalista da ação, esclarecendo que este, no desígnio de concreção do Direito, preocupou-se em superar o positivismo e o jusnaturalismo em uma concepção que levasse em conta os fatores da ordem moral (valor), da ordenação legal (norma) e o efetivo comportamento dos consorciados (fato), pois o Direito deveria exercer influxo sobre todos esses fatores.

A teoria finalista da ação¹²¹ concebe a conduta humana como uma realidade ordenada e plena de sentido e de fim, de tal sorte que o legislador não é um criador onipotente, a sua ação normativa não pode desconsiderar a estrutura ontológica da ação (fato¹²² = comportamento concreto), sem prévia valoração jurídica (valor) em uma norma tipificadora da infração penal, que nada mais é que a integração do fato em valor para atingir a consecução deste por meio da norma.

¹²⁰ *Idem. Teoria tridimensional do direito: situação atual.* 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p.128.

¹²¹ Teoria desenvolvida por Hans Welzel. Sobre o assunto ver WELZEL, Hans. *Direito Penal.* Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

¹²² Nucci, quanto ao estupro perpetrado com violência presumida em caso de a vítima não ser maior de 14 anos (art. 213, *caput* combinado com o ar. 224, alínea “a”, ambos do CP), mas ter idade aproximada, aborda a necessidade de se considerar a realidade dos fatos na aplicação do Direito, esclarecendo o seguinte: “Cremos que, *de regra*, a presunção não deve comportar prova em contrário, sob pena de se invalidar a regra penal [...]. Ocorre que **não se pode desconhecer a realidade dos fatos** na aplicação do Direito. Assim, em hipóteses *excepcionais*, acreditamos poder o réu demonstrar que a vítima, ainda que protegida pelo art. 224, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não se podendo falar em *violência ficta*” (apenas os grifos em itálico são do autor). Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 4.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 693.

A teoria tridimensional goza de generalidade, abrangendo o Direito Penal¹²³, no qual são observados os três elementos do Direito (fato, valor e norma), bem como as suas três finalidades (segurança jurídica, progresso social e justiça material), todos inter-relacionados, coimplicativos e dialético-complementares.

Dessarte, sendo o Direito Penal um ramo da ciência jurídica, assim considerado para fins didáticos, interpretativos e de aplicação, é força concluir que a ele se aplica a TTD, pois o Direito é uno, devendo ser compreendido nessa unicidade.

1.3.1 Tridimensionalidade elementar do Direito Penal

A reação que o homem tem diante de um fato social, parafraseando-se Carnelutti, decorre da relação desse fato com o valor: “à reação provocada em nós pelo objeto [aqui tratado como fato], pode dar-se o nome de relação de valor. Valor do objeto é precisamente a sua capacidade de reagir sobre o sujeito”¹²⁴. Ora, se o Direito é justo, seu valor está na justiça, determinando-se que a sua obra materializada deve promover o bem comum¹²⁵.

O valor influi muito na complementaridade da relação estrutural do Direito, tanto que Carnelutti foi categórico ao ponderar que a complementaridade “é um aspecto do valor bastante mais complicado, pois que se funda na relação de causalidade que é [...] um elemento essencial do fato”, daí se poder concluir acerca da indissolubilidade dos elementos estruturais do Direito.

A coexistência dos elementos trivalentes do Direito permite afirmar que o Direito parte do fato, que é valorado, rumo à norma, mas ao fato deve retornar, tal qual o “direito dos livros” está para o “direito em ação”, segundo Arnaud¹²⁶, autorizando propugnar que aquilo que de justo e constitucionalmente, à luz do Estado (Social) Democrático de Direito, é positivado, deve também ganhar vida no

¹²³ Zaffaroni e Pierangeli mestreiam que “O direito penal, por ser ‘direito’, participa de todas as características do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo etc”. Cf. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 100.

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 48.

¹²⁵ O bem comum consta como desiderato a ser alcançado pelo juiz no art. 5.º da LICC, na qualidade de norma de superdireito, assim vazado: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹²⁶ ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

mundo real, fora do papel, promovendo-se a harmonia entre a “idealidade” e a “realidade”, contrastadas por Reale¹²⁷.

Observa-se, à guisa de exemplo frisante, que antes de o homicídio ser criminalizado, ele já era um fato social sobre o qual incidia um valor de igual natureza (valor “vida”, mas ainda não jurídico), constatado no ocídio de um ser humano por outro, tendo o valor da vida sob consideração. O valor da vida fez com que o legislador penal emprestasse tutela estatal a esse bem jurídico por serem, a vida e a morte, fatos que interessam ao Direito, assim como o homicídio é um fato normatizado pelo Direito tendo como propósito a tutela do valor “vida”.

Quando uma lei penal descreve formalmente o tipo penal de homicídio (art. 121, *caput*, do CP), parte de um fato social, que é o homicídio em si, rumo à consecução do valor “vida” humana, por meio de uma norma jurídica proibitiva da conduta “matar”. Em outras palavras, a lei penal em lume considera um fato (a morte de alguém perpetrada por outrem) para, por meio de uma norma proibitiva (não matar), consagrar o respeito ao valor da vida, a ser preservada por todos na convivência social ordenada.^{128, 129}

Considerando que o homem é um vir a ser, Reale também entende que o problema do valor é o problema daquilo que o homem deve ser. Por isso o valor ou desvalor da conduta humana são relevantes ao Direito Penal, somando-se ao resultado da conduta como elemento fático do caso concreto.

Cita-se, a título exemplificativo, o seguinte caso: o agente lesiona com uma punhalada a vítima. É de se perquirir a tensão entre fato (resultado: ferir sem matar) e valor (vida, se o desígnio do agente foi matar; integridade física, se seu desiderato foi apenas de lesionar) e o resultado efetivamente alcançado de acordo com a conduta interior (elemento anímico: o fato [lesão] se consumou ou não se consumou [morte] por circunstâncias alheias à sua vontade) e exterior (fato = lesão corporal).

¹²⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹²⁸ A distinção entre norma proibitiva e lei penal é trabalhada por Zaffaroni em sua tipicidade conglobante. Damásio pondera que essa distinção foi desenvolvida há cerca de um século por Binding em sua teoria sobre as normas, tendo este afirmado que o delinqüente não viola a lei penal, “mas sim algo que esta por cima da regra escrita; antes da lei penal e sobre ela está a norma”. Igual menção a Binding é feita por Greco. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 455; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. v. 1. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16; GRECO, Rogério. *Direito penal: introdução à teoria geral da parte especial crimes contra a pessoa*. V. 2. Niterói: Impetus, 2005. pp. 71-72.

¹²⁹ Acerca da diferença entre norma e lei penal, Regis Prado esclarece que “A primeira vem a ser um *prius* lógico da lei, sendo esta o revestimento formal daquela”. Cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral arts 1 a 120*. v.1. 6.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 169.

No caso vertente, inexistindo excludente de ilicitude (art. 23 do CP), a norma, enfocada como fato valorado, impõe, conforme o (des)valor do desígnio do agente (conduta interior = volição), que ele responda por crime de lesão corporal (art. 129 do CP) ou por crime de homicídio tentado (art. 121 combinado c/o art. 14, II, do CP).

Conquanto o resultado naturalístico (lesão) seja idêntico em ambos os crimes (lesão corporal e tentativa não branca de homicídio), as sanções a eles cominadas são diversas, pois o elemento *diversificador* que determinará o grau de maior ou menor culpabilidade, segundo a teoria finalista da ação desenvolvida por Welzel¹³⁰, será identificado pela conduta interior (intelecção e volição), na qual se aferirá a maior ou menor culpabilidade do agente pelo maior ou menor (des)valor dessa conduta (desígnio de morte ou de lesão), considerando-se, em complementaridade, o resultado (fato = ofensa à incolumidade física).

Observa-se que a tensão dialética existente entre o fato típico formal (descrição abstrata das duas figuras típicas fundamentais em apreço) e a conduta exterior do agente (comportamento do agente + resultado naturalístico = ofensa à incolumidade física da vítima) e o valor inerente à norma (bem jurídico a ser justamente tutelado – vida ou incolumidade física –, assim como o desvalor – valor negativo – da conduta interior do agente de conteúdo intelectual e volitivo = finalismo de sua conduta) culminará na aplicação da norma penal mais justa ao caso vertente (quanto à tipicidade: lesão corporal ou *conatus* de homicídio), que, por sua vez, dada a correlação dialética entre esses três elementos, impõe que as condutas fática (= comportamento ou conduta exterior) e intelectual-volitiva (= conduta interior) sejam valoradas coimplicando fato, valor e norma, segundo o caso concreto, a fim de que se possa constatar qual crime foi, verdadeiramente, perpetrado pelo agente.

O dispositivo legal (art. 129 ou art. 121 combinado c/o art. 14, II, do CP) que melhor confirmar o valor imanente ao caso concreto segundo o Direito concebido em sua tridimensionalidade, será o mais justo, garantindo, assim, de forma mais eficaz, a segurança jurídica e o progresso social pela legítima necessidade de se respeitar a vida ou a incolumidade física como valores sociais inarredáveis, que precisam de tutela penal em relação às condutas desviantes que lhes sejam infensas.

A condenação do agente, segundo o exemplo fornecido, não apenas reafirma o ordenamento jurídico, concretizando-o, como do ponto de vista subjetivo, promove

¹³⁰ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

o sentimento de segurança colimado pela sociedade, facilitando o progresso social com a aplicação da reprimenda legal, dosada, para ser justa, com proporcionalidade, incluindo, quando for o caso, a sua segregação na prisão.

A negação individual da norma pelo agente do crime, quando ela tem a legitimidade como fundamento, carregando consigo o valor da justiça, em vez de infirmar, confirma e reafirma o Direito, que para tanto, deve, impreterivelmente, ser aplicado a todo caso concreto de infração penal, pois a certeza de sua justa aplicação promove segurança jurídica e o bem-estar social, fato reconhecido por Beccaria¹³¹, quando consagrou na doutrina (1764 ou 1765), que a criminalidade diminui não com o rigor da pena, mas com a certeza da punição, ou seja, a presença do Estado, em qualquer conflito penal, mesmo em casos de contravenção penal, é fundamental, ainda que seja apenas para mediar e conciliar, sem punir.

Urge assinalar, consoante o exemplo nuper-citado, que responsabilizar o agente por *conatus* de homicídio seria injusto, caso seu escopo fosse apenas de lesionar sem *animus necandi*. O intérprete do Direito deverá aplicar a norma consentânea a ser pinçada do ordenamento jurídico, devendo eleger a que for mais justa ao caso concreto,¹³² apreciando a coimplicação dos três elementos e das três finalidades do Direito.

Nesse mister, o intérprete deverá considerar o real desvalor social da conduta do agente, apreciando, conjuntamente, conduta do agente e resultado, *i.e.*, o valor do Direito será reafirmado pela reprovação da conduta do agente quanto ao resultado alcançado, impondo concluir que, no caso criminal concreto, será verificada a sua culpabilidade pelo desvalor social da conduta, considerando-se complementarmente o resultado (fato). A negação do valor constatado como conduta fática acaba por confirmar o próprio valor do Direito, cuja consecução interessa à norma, retratando, dessarte, a dialética de complementaridade entre fato, valor e norma.

O juiz deverá aplicar a norma que, de forma mais justa e proporcional, assim por ele valorada, sirva de reprimenda. O valor (bem jurídico) a ser concretizado e

¹³¹ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

¹³² Essa eleição, adverte Barroso, não está ao livre talante do intérprete, pois “a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 310.

reafirmado pela norma investigada e a ser aplicada dependerá, complementarmente, da aferição do fato conseqüente (resultado) do desvalor da conduta.¹³³

Esse procedimento hermenêutico seria impossibilitado pela simples subsunção, sem uma análise dialógica e dialética dos três elementos do Direito, pois sem a análise detida do desvalor da conduta gerativa do fato (resultado naturalístico lesão corporal), portanto, sem a apreciação do valor carreado pela norma (vida ou integridade física), a ser verificado no desvalor da conduta do agente (que nasce internamente), o aplicador do Direito laboraria apenas com a neutralidade do fato (resultado = lesão corporal) e com a norma avalorada (art. 129 do CP), pelo que, ainda que presente e comprovado o *animus occidendi* do agente, o juiz estaria preso ao fato e à norma, se o Direito não considerasse o (des)valor da conduta interior (da volição do agente) e só podendo, assim, responsabilizar o agente por lesão corporal, o que seria injusto e poderia causar desassossego social e insegurança jurídica, eliminando-se do ordenamento jurídico a figura do crime tentado.

Zaffaroni e Pierangeli¹³⁴, embora sem a mencionar, acabaram adotando a teoria tridimensional realeana ao afirmar que quando o legislador encontra-se “diante de um ente e tem “interesse em tutelá-lo” penalmente, “é porque o valora”. “Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico”¹³⁵.

A vida, além de ser um valor, é um fato, que para Zaffaroni e Pierangeli é um ente valorado pelo legislador, porque sobre esse ente (fato) passa a ter interesse jurídico em tutelá-lo por meio de uma norma que traduza a proibição de matar, que, por sua vez, vem contida na expressão de uma lei que tipificará como crime a conduta de “matar alguém”. Por fim, sobreditos penalistas esclarecem que o

¹³³ Cumpre, neste ponto, esclarecer que o valor como elemento do Direito (no exemplo dado: vida ou incolumidade física) não se confunde com o juízo de valor feito pelo juiz no procedimento hermenêutico, embora este deva ter por desiderato realizar (construir) aquele. A distinção entre valor e juízo de valor pode ser visualizada no cotejo entre “o belo” (valor), objetivamente, para a sociedade e “o que é belo”, subjetivamente, para o indivíduo.

¹³⁴ Para Zaffaroni, a norma penal tem por conteúdo uma proibição não expressa por ser de natureza valorativa em relação ao fato (ente), sendo a norma penal precedente à lei penal, enquanto esta apenas descreve a conduta criminosa sem a proibir expressamente. Assim, o homicida não infringe a lei penal, mas a realiza, pois se o artigo 121, *caput*, do CP, tipifica como crime “matar alguém”, o agente não infringiu o tipo legal, apenas o realizou. Infringe, porém, a norma penal de conteúdo proibitivo-valorativo contido implicitamente na lei penal descritiva. A lei penal diz “matar alguém”, nela está contida a norma penal que lhe é precedente “não matar”, em razão de um ente ou fato que é a vida. O valor pode ser observado no fato e na norma penal que são precedentes à lei penal e por ela, igualmente, carreado. Cf. in ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 455.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 455.

“legislador vai do ente à norma e desta ao tipo”, ou seja, do fato (ente = homicídio), valorado em uma norma proibitiva (“não matar” em respeito ao valor vida) contida no tipo legal descritivo da conduta abstrata (“matar alguém”), que embora contenha a norma proibitiva, esta lhe é precedente e não lhe pertence. A conduta *antinormativa* que afete de forma grave bem jurídico penal (= tipicidade conglobante) representará, inexistindo discriminante legal e havendo culpabilidade, um desvalor da ação punível.

Portanto, o Direito Penal deverá considerar para a criminalização de determinadas condutas e para a sua interpretação e aplicação, sempre, a dupla tridimensionalidade do Direito (fato, valor e norma) tendo como vetor o valor da justiça material na esfera penal, com o propósito de promoção da segurança jurídica (ordem justa) e do progresso social (“a efetividade social do justo” com promoção da paz e do bem-estar social), quer no juízo comum, quer nos JECs.

1.3.2 Tridimensionalidade finalística do Direito Penal

A importância de se conhecer os objetivos do Direito Penal, à luz do Estado (Social) Democrático de Direito, importa não apenas aos juristas, mas aos legisladores, aos magistrados e aos demais agentes políticos estatais, a fim de que o labor daqueles primeiros mostre a insuficiência, a inadequação, os excessos e as inconstitucionalidades de algumas leis, atos administrativos e decisões judiciais, permitindo que os agentes públicos em geral e as agências estatais de criminalização¹³⁶ possam aprimorar o ordenamento jurídico penal, efetuando as devidas correções no desiderato de tornar a legislação mais consentânea aos fins do Direito Penal com a proposta de concretização de seu caráter normativo- programático.

¹³⁶ Segundo Zaffaroni *et alii* classificam as agências de criminalização em primária (o Legislativo que cria formalmente as infrações penais) e secundária (policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários), sendo estas as agências responsáveis pelo cumprimento dos programas da agência primária “o *deve ser apenado* [...]”. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal *leve a cabo a seleção da criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*” (grifo dos autores). Cf. ZAFFARONI, E. Raúl *et alii*. *Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 43-44.

O Direito Penal é programático porque, por meio da cominação da pena – nem sempre necessária e, em especial, nos JECs, amiúde desnecessária –, colima resultados preventivos, de caráter genérico e específico, de evitação da criminalidade, permitindo a promoção de segurança jurídica e de progresso social por meio de agências estatais destinadas à edificação da justiça na seara penal.

A prevenção genérica como função da pena visa à segurança jurídica, por meio da tutela abstrata, mas eficaz, de bens jurídicos e de valores-éticos sociais. Portanto, seu efeito recai sobre a sociedade, dirigindo-se àqueles indivíduos que não delinqüiram como aviso da conduta ordenada a ser seguida.

A prevenção específica como função da pena fita a defesa social, mas com incidência direta na pessoa do próprio delinqüente, procurando reeducá-lo e ressocializá-lo, tendo um caráter retributivo (se houver inflição de pena), ou seja, ele recebe um mal (pena) como resposta de outro mal (o crime) por ele praticado.

Não se nega que a pena, mormente a privativa de liberdade, seja, em um sentido, um mal ao delinqüente e à própria sociedade, pois ambos sofrem a sua inflição; aquele, fisicamente, tendo seu direito deambulatorial privado, esta, custeando esse fardo com pesados encargos tributários. Todavia, sem a aplicação da pena, o Direito Penal seria ineficaz, daí nascendo a sua necessidade como garantia da segurança jurídica e do progresso social, que redundariam inviabilizados com a ineficácia de normas proibitivas sem cominação de sanção, incrementando o quadro de insatisfação social com a impunidade.

O aspecto preventivo da pena deve garantir seu caráter normativo-programático de consecução de valores com o respeito aos bens jurídico-penais, mas sem excessos, por se pautar na justiça de sua inflição e necessidade, não se permitindo que nenhuma infração penal passe ao largo ou tenha a sua apreciação e solução resvalada ao descaso, ainda que nem todos os casos sejam submetidos a processo penal e a julgamento, a exemplo dos JECs.

Zaffaroni e Pierangeli lembram que a doutrina alemã contemporânea mais fluente afirma que “o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização”,¹³⁷ embora eles advirtam que essa é uma visão parcial dos problemas do Direito Penal e carente de base filosófica com arrimo antropológico, acabam arrematando ser a segurança jurídica a meta única do Direito Penal por

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 92.

garantir a coexistência humana. Discorda-se dessa opinião exclusivista quanto à finalidade do Direito Penal, pois ele é teleologicamente tridimensional.

A segurança jurídica, a princípio, pode até ser a mais visível, porém, não a única finalidade do Direito, pois ela está coimplicada à justiça material penal e ao progresso social, de forma complementar e inseparável.

Zaffaroni e Pierangeli, na esteira de Welzel¹³⁸, asseveram que o “objetivo final” do ordenamento jurídico penal é fornecido por seu sentido geral de tutelar bens jurídicos (direitos), propiciando, dessarte, segurança jurídica: “que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*)”,¹³⁹ garantindo, assim, a existência humana na forma de coexistência, considerando o homem em sua ambivalência como ser individual e social.

Observa-se, claramente, a função de segurança jurídica com o advento da certeza de que os bens jurídico-penais estão tutelados, provendo, ainda, a paz e a ordem social como ingredientes do progresso social.

O Direito Penal, ao tutelar bens jurídicos quando afetados pelo delinqüente, não apenas é um poderoso instrumento destinado à segurança jurídica, diminuindo ou retendo o crescimento da criminalidade e intensificando o respeito a valores sociais e a bens jurídicos correlatos, como também propicia a paz social, servindo de brida à vingança privada, à desobediência civil e a comoções civis.

A segurança jurídica promovida por meio da proteção eficaz dos bens jurídicos torna injuntivo que todos os bens jurídicos (direitos) sejam respeitados, incluindo os do delinqüente. Por isso, não apenas a dosimetria da pena deve atender aos princípios de justiça e proporcionalidade, como a sua execução deve obedecer ao princípio de dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal, segundo a concepção do utilitarismo garantista¹⁴⁰ deve tutelar os bens jurídicos dos não-delinqüentes, “garantindo-lhes a máxima felicidade

¹³⁸ “É missão do direito penal a proteção dos bens jurídicos mediante o amparo dos elementares valores ético-sociais da ação”. Cf. *in* WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 33.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 458.

¹⁴⁰ O garantismo labora com o ideal constitucionalista de maximização dos direitos fundamentais, especialmente no que inere às liberdades, e com a minimização do poder intervencionista estatal, reduzindo-o ao estritamente necessário. Esse doseamento entre a ambivalência “liberdade e intervenção estatal” deve ser equilibrado, pois a hipertrofia da primeira pode levar à anomia e ao abstencionismo estatal, enquanto que a da segunda, a um Estado ditatorial. Sobre o assunto, embora o autor não se coadune ao perfil deste trabalho, por ser a favor da revogação de todas as

possível”, limitando, nos termos e limites da lei, um ou alguns direitos fundamentais do infrator (liberdade, patrimônio, dignidade, etc.), infligindo-lhes “o mínimo sofrimento necessário”, por isso não se toleram penas exacerbadas ou desnecessárias, sendo, neste segundo aspecto, os JECs indispensáveis a esse propósito constitucional (art. 98, inc. I) e do movimento constitucionalista pela maximização das liberdades e minimização da intervenção estatal.¹⁴¹

Essa intolerância social contrária à injustiça da pena reverte em favor não apenas do infrator, mas da própria sociedade, permitindo a certeza da segurança jurídica como um sentimento social enraizado ao longo da respectiva história, ou seja, o de que estará mais segura por meio de leis penais justas, postas, legitimamente, a todos.

Welzel esclarece, no mesmo sentido geral do Direito empregado por Reale quanto ao Direito dever conjugar realidade com idealidade, que a missão do Direito Penal não se coarcta à administração da justiça, pois a “ciência do direito penal é uma ciência ‘prática’, mas, também, em um sentido mais profundo, porque é uma teoria do atuar humano justo ou injusto, de maneira que suas últimas raízes chegam até os conceitos básicos da filosofia prática”. Portanto, é função do “Direito Penal amparar valores elementares da vida da comunidade”.¹⁴²

Leis injustas, extremamente desproporcionais e rigorosas, acabam, mais dia menos dia, incidindo sobre todos, sobre os não delinqüentes ou sobre parentes e amigos destes, o que gera insegurança jurídica, afastando a sociedade dos órgãos coercitivos do Estado por temor ao terror.

Foi para a promoção da ampla segurança jurídica, abarcando a proteção dos bens jurídicos de todos, sem exclusão de ninguém, bem como a necessidade de se garantir a ordem e a paz social, sem que para tanto o Estado interviesse extrapolando seu poder intervencionista, que surgiram os JECs, idealizados pelo constituinte originário como órgãos do Judiciário, que integram não um Estado panóptico ou ditatorial, mas um Estado (Social) Democrático de Direito (art. 98, inc. I, da CF/1988), tendo, entre outros, como objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (valores como elementos do Direito, justiça como um de seus fins)

contravenções penais, além de alguns crimes, consultar GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

¹⁴² WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 27.

com garantia de desenvolvimento nacional, que promova o bem de todos, sem pobreza e sem marginalização (progresso socioeconômico como um dos fins do Direito).

Cumpra advertir que se esses valores e objetivos constitucionais não forem materializados, a Constituição e a cidadania não passarão de folha de papel. Ao se tornarem vivos como fenômeno histórico, social e jurídico, o Direito justo estará se consagrando, pois Direito é também fato.

Quando se afirma que, na prática, o Direito Penal é, odiosamente, dissociado de seus ideais, pois tutela mais os bens jurídicos da classe dominante, como também, de regra, não ressocializa nem reeduca os infratores que elege e seleciona, toma-se essa realidade como um fato social e histórico, que deve ser valorado politicamente à luz do Direito Penal em seu caráter tridimensional e programático, tendo este o fito de modificar a realidade, aproximando-a da idealidade, sem que se negue esta por conta de um fato a ser mudado.

Não se deve olvidar que o Direito Penal não é nem deve ser estático. Seu conteúdo normativo e seus fins devem ser, paulatinamente, implementados, pois o Direito Penal trilha uma proposta, mas cabe ao Estado e à sociedade aumentar o grau de realização de suas propostas e funções.

Zaffaroni, quanto ao descompasso entre a execrável realidade praxista penal e o fim do Direito Penal concernente à segurança jurídica, pondera que:

O sentimento de segurança jurídica se gerará de maneira comunitária na razão direta do grau de participação comunitária, o qual sempre é uma questão de grau. Na medida em que tivermos claro que uma coisa é a meta proposta e orientadora e outra o grau de realização desta meta, o dado de realidade nunca será uma objeção, e sim um dado indispensável à permanente dinâmica corretiva, não só no momento de legislar, mas também no de interpretar a lei.¹⁴³

Não há coerência em se afirmar que “A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja [...] a segurança jurídica”,¹⁴⁴ excluindo-se das finalidades do Direito Penal o progresso social e a justiça material, pois sendo o Direito Penal tridimensional, a segurança jurídica somente se conquista por meio de leis justas e da aplicação e execução de suas penas com justiça, promovendo-se, assim, o progresso social e a justiça material. Decerto, não se nega que o efeito mais visível do Direito Penal seja a segurança jurídica, mas ela está jungida indissociavelmente

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 95.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 103.

ao progresso social e sem justiça substantiva é impossível que ela seja concretizada à luz do Estado (Social) Democrático de Direito.

As finalidades do Direito Penal, tridimensionalmente consideradas, podem ser concretizadas diante de um crime consumado sem a necessidade de infligência da sanção penal e os JECs foram idealizados para a concreção dessa realidade, absorvendo em sua alçada de competência mais de cinquenta por cento das infrações penais tipificadas no Código Penal e em legislação penal especial.

Zaffaroni, ao mesmo tempo em que afirma que a única função do Direito Penal é a segurança jurídica consistente na tutela de bens jurídicos, parece contradizer-se ao reconhecer que “a ordem jurídica cumpre uma função de formação de cidadão” e que “a ordem jurídica cumpre uma função de prevenção geral, que por sua vez terá uma função educadora, formadora da cidadania”.¹⁴⁵ Opiniões, aliás, com as quais se concorda,¹⁴⁶ discordando-se apenas da afirmação de a segurança jurídica ser a única finalidade do Direito, pois sem justiça material e progresso social não se tem o Direito em seu aspecto duplamente tridimensional.

Decerto, o Direito Penal possui também caráter educativo, portanto, conteúdo não apenas ético, mas moral¹⁴⁷, não podendo, assim, resumir sua teleologia à segurança jurídica, pois este é galgado com a promoção da justiça penal à luz do Estado (Social) Democrático de Direitos e para a consecução de seus objetivos fundamentais, entre eles, a justiça material e o progresso social (art. 3.º da CF/1988).

A tridimensionalidade finalística do Direito Penal impõe que, por meio de normas penais justas e da justiça na aplicação e execução das decisões judiciais, promovam-se soluções justas aos conflitos penais, além de segurança jurídica e progresso social, não se devendo ignorar ou desconsiderar nenhuma infração

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 106.

¹⁴⁶ O caráter educativo da pena privativa de liberdade é constatado no § 6.º, do artigo 5.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos, ao consagrar que a sua finalidade essencial é “a reforma e a readaptação social dos condenados”, muito embora esse ideal esteja distante da realidade, não significa ser impossível de ser concretizado em maior grau, ainda que seja em um mínimo satisfatório.

¹⁴⁷ Em termos bem resumidos, cumpre anotar que a ética é a imposição de conduta pela sociedade ao indivíduo, é a conduta socialmente esperada em seu aspecto exterior. A moral é a conduta imanente à consciência individual, e não ao comportamento exteriorizado, implicando poder haver condutas eticamente corretas, porque socialmente impostas, sem motivação moral, como, por exemplo, o servidor que delata crime funcional de seu superior com o designio de ser promovido e ocupar o seu lugar. A respeito do assunto Zaffaroni leciona que “Ético usamos aqui em sentido vulgar, conforme o qual o ‘ético’ está referido ao comportamento social, isto é, às pautas de condutas constituídas pela sociedade. A moral, ao contrário, vem assinalada pela consciência individual. O moral (sic) se refere às pautas de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social.” Cf. *in* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 97.

penal, por menor que seja a sua potencialidade ofensiva, pois é a certeza da presença estatal diante de qualquer caso penal, da tutela eficiente dos bens jurídicos, da pronta solução e resposta do Judiciário aos casos penais a ele apresentados, mesmo que seja para a mediação sem jurisdição, para a conciliação sem processo, que se garantirão os três fins inarredáveis do Direito.

1.4 Tridimensionalidade teleológica dos juizados especiais criminais

Os desenvolvimentos industrial e econômico apresentam-se, entre outros fatores, como conseqüências do Estado capitalista, somado à maior eficiência da ordem pública. Entretanto, o poder público só é legítimo quando o progresso, até mesmo no modelo capitalista, prioriza o social, sem, necessariamente, descuidar dos progressos industrial e econômico, estando todas as formas de progresso coimplicadas em um processo dialético complementar.

O devido processo legal exige formalidades e despesas por parte do Estado para garantir o respeito aos direitos fundamentais do réu e para conter os excessos da intervenção estatal.¹⁴⁸ O preço das garantias processuais para a liberdade individual, lembra Azevedo, gera, “de um lado, um certo nível de desordem, de impunidade e de ineficiência da prestação judicial e, de outro, o aumento de gastos públicos com a oferta de serviços judiciais”¹⁴⁹, o que se admite em respeito aos direitos fundamentais de quem se vê na condição de processado ou mesmo de suspeito na fase pré-processual.

O excesso de formalismos, contudo, além de tornar excessivamente dispendiosa a função jurisdicional (ou judicial), empece o andamento econômico, célere e razoável dessa prestação, causando insegurança jurídica, bem como atuando como fator criminógeno com a propiciação da impunidade que acaba se instalando na vida social.

¹⁴⁸ Quanto a esse ponto, embora o autor seja contrário aos institutos conciliatórios dos JECs, bem elucidativa é a preleção de Lopes Jr.: “O processo penal antes de ser um meio para aplicação da pena, deve servir de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais do réu.” Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos e instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44.

¹⁴⁹ WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 61.

O desenvolvimento, em todas as suas diretrizes, impõe a redução de custos com a desburocratização do processo judicial, flexibilizando o formalismo com uma certa informalidade, quando não, exigindo procedimentos judiciais bem mais informais para a solução de alguns conflitos penais, sem que nessa linha de atuação o Estado extrapole os lindes de sua intervenção, não podendo sufocar direitos fundamentais de quem quer que seja por conta da realidade em que se vive.

O progresso social só é possível quando o Direito é constituído não apenas de normas formais justas, ditas, na já citada obra de Arnaud *et alii*, “direito no livro”, mas também materializadas como “direito em ação” ou Direito vivo, garantindo, dessarte, os fins de segurança jurídica e de progresso social. Este, como consequência da justiça distributiva e restaurativa e do princípio da solidariedade humana; aquele, em virtude da certeza do império da justiça como princípio reitor das relações interpessoais, bem como entre o Estado e o povo.

O Direito Penal não pode andar na contramão de sua tridimensionalidade finalística, sob pena de abandonar sua condição mesma de Direito. Por isso, em nome da segurança, esse ramo do Direito não pode servir como controle social injusto, nem em sua manifestação formal, nem em sua realizabilidade fática.

A semente da injustiça produz árvore e frutos do mesmo jaez em um círculo vicioso, acirrando o quadro da insegurança pela elevação da criminalidade e dificultando a segurança jurídica e a paz social, empecendo, por conseguinte, o progresso social.

O Direito Penal, como sistema formal de controle social, vem sofrendo reformas, no escopo de garantir a segurança e a paz social diante da crescente criminalidade. A insegurança instalada pela criminalidade, mormente pela violenta, cifrada à pressão da sociedade, cuja voz é amplificada pela imprensa, premem o Estado, no desiderato da paz e da ordem social, à promoção de normas inclementes e mais severas, quando, em vez dessa diretriz, o Estado deve ser justo. Ser mais justo não significa levar o Direito Penal a um grau de (in)tolerância que o torne inútil, mas que permita, dentro de uma diretriz utilitarista garantista, ser eficaz em sua tríplice função como mecanismo de garantia da segurança jurídica e do progresso social, ambos com justiça material.

Quando se afirma que a aplicação do Direito Penal deve incidir sempre que suas normas sejam infringidas por alguma conduta individual ou societária, reconhece-se a necessidade de sua aplicação inarredável como mecanismo de

garantia da segurança jurídica, respeitando-se todos os princípios de direito, em especial, os direitos fundamentais do delinqüente.

Não se está a pregar como política criminal o rigor da doutrina de “tolerância zero”, mas a otimização da eficiência do Direito Penal pela aplicação incondicional de suas normas, bem como a inflicção de sanção penal apenas quando o ideal de justiça recomendar a sua necessidade, propondo-se como critério de promoção da justiça material penal, nos JECs, a mediação e, conforme a natureza do caso penal, a conciliação correspondente, priorizando-se a reparação do dano e a evitação de pena, máxime se privativa de liberdade.

A segurança jurídica não tem como fator o rigor da sanção penal, ao revés, a severidade da reprimenda gera insegurança pelo elevado poder de intervenção conferido ao Estado, somado à certeza histórica de que todo Estado tende a abusar de seu poder, consoante escólio de Roberto Lyra Filho¹⁵⁰.

O maior fator de redução da criminalidade é a certeza da incidência do Direito Penal com a justa intervenção estatal dentro de uma concepção constitucionalista e razoável, que pode, mesmo por meio do Direito Penal, nem ser promovida com a aplicação da sanção penal, mas com a conciliação *lato sensu* na esfera penal, o que é perfeitamente viável dentro da concepção de utilitarismo garantista aplicado à tridimensionalidade do Direito adotada neste trabalho¹⁵¹.

Assim, nos JECs, para a felicidade das vítimas, que integram a maioria não desviante, possibilitar-se-á a reparação do dano pelo suposto autor do fato com a possível evitação do processo penal, da condenação e da submissão a uma sanção penal propriamente dita, o que, decerto, minimiza sofrimentos.

O constituinte originário, ao idealizar os juizados, permitiu, ao Estado, a respectiva presença e a imediata resposta quando diante de conflitos penais interpessoais de pouca gravidade, autorizando que os atores neles envolvidos (suposto autor do fato e vítima) resolvam de forma consensual suas pendências sob a intermediação estatal, compondo danos e aplicando medidas civis alternativas antecipadas ao processo criminal¹⁵², em evitação à aplicação de sanções penais, máxime no que tange à pena privativa de liberdade, cujas

¹⁵⁰ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

¹⁵¹ Cumpre repisar a ressalva de que se adotou apenas a fórmula, e não o conteúdo doutrinário, do utilitarismo garantista de Ferrajoli. Assim, sua fórmula da ambivalência entre máxima felicidade e mínimo sofrimento foi aplicada à TTD voltada aos JECs.

¹⁵² Terminologia adotada neste trabalho para as medidas decorrentes de transação “penal”.

conseqüências deletérias não justificam o rigor destas, conquanto, em alguns poucos casos concretos, elas ainda sejam recomendadas mesmo nos JECs.

1.4.1 A vítima nos juizados especiais criminais

Antes da Lei 9.099/1995, a vítima só era admitida na esfera penal, além dos casos de ação penal privada, em duas hipóteses: como assistente de acusação, mediante o patrocínio de um advogado (art. 268 do CPP) e para prestar declarações pessoais sobre o fato imputado ao acusado, não lhe sendo permitida, durante a fase processual, nenhuma forma de reparação do dano no próprio juízo penal,¹⁵³ quanto mais com o efeito jurídico extintivo da punibilidade.

Observa-se que o processo penal muito pouco tutelava os bens jurídicos da vítima, limitando-se, pelo caráter preventivo da pena, a uma tutela genérica concernente aos bens jurídicos em geral. A vítima ficava desamparada na esfera penal, sendo obrigada a dirigir-se ao cível em busca da reparação quanto aos danos efetivamente sofridos.

A função de tutela do bem jurídico pelo Direito Penal é quase unanimidade doutrinária. Contudo, o Direito Penal agia com descaso em relação ao bem jurídico efetivamente afetado, limitando-se apenas a punir o infrator, relegando esse mister.

O Direito Penal também visa evitar a vingança privada, punindo o infrator para que a vítima não o faça. Logo, a reparação dos danos sofridos efetivamente pela vítima é uma forma eficiente de prevenção de delitos pela solução de conflitos intersubjetivos na esfera penal, em evitação à vingança privada, dando algum consolo ou até felicidade (sentido utilitarista garantista) à vítima.

Se um dos escopos do Direito é promover a segurança jurídica por meio de uma resposta estatal interventiva, necessária tanto em favor da ordem social quanto em evitação à vingança privada, verifica-se razoável e até salutar, em prol da vítima, cujo bem jurídico foi direta e concretamente afetado pela infração penal perpetrada, que ela, em vez de ser afastada do procedimento judicial, seja trazida aos JECs

¹⁵³ Quando muito, poderia ingressar com ação civil de indenização ou aguardar a sentença penal condenatória para executá-la no cível, depois de passar por liquidação (artigo 68 do CPP e artigo 91, inciso I, do CP), considerando que a sentença penal apenas define o *an debeatur*, mas não o *quantum debeatur*.

para, na esfera penal, participar do procedimento mediador pertinente à justiça restaurativa¹⁵⁴ e também (re)conciliador, segundo preconizado na Lei 9.099/1995.

A postura política mais preocupada com a imposição de penas do que com a tutela dos bens jurídicos da vítima é uma tendência negativa que, sob a censura de Zaffaroni, alimenta uma política criminal muito perigosa porque o Direito Penal passa a ser usado mais como arma de marginalização do que como instrumento de tutela de bens jurídicos, fomentando ideologias próprias do discurso policial, em vez do discurso jurídico, o que não apenas empece o fim de segurança jurídica, como a justiça penal material, dificultando, assim, duas finalidades do Direito Penal em nome de um utilitarismo hipertrofiado e, assim, vitando.

Portanto, a Lei 9.099/1995, ao trazer a vítima para o espaço penal, colimando, a reparação do dano (art. 74) como forma de extinção da punibilidade deste e solução do conflito intersubjetivo nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, preocupou-se mais com a efetiva tutela dos bens jurídicos da vítima do que com a imposição estigmática da sanção penal ao suposto agente do delito, aplicada por meio de um processo sempre *marginalizante*, mas, ainda para deste fugir, institucionalizou a transação “penal”¹⁵⁵ (art. 76) como outra espécie de conciliação firmada entre órgão acusador (que pode ser a vítima figurando como querelante nos casos de ação penal privada) e suposto autor do fato, no intuito de ser a ele proposta e por ele aceita segundo a sua conveniência, uma medida civil alternativa antecipada ao processo penal, de natureza extintiva da punibilidade, promovendo, dessarte, dentro da concepção garantista do utilitarismo, segurança jurídica com a resposta estatal imediata quer ao conflito penal pela mediação, quer ao caso penal pela conciliação em sentido lato, cumprindo outro mister estatal, qual seja, a efetiva tutela quanto ao bem jurídico efetivamente afetado, além de propiciar o bem-estar social garantidor do progresso social com a promoção de uma solução judicial materialmente mais justa, porque mediatária e conciliatória.

¹⁵⁴ A justiça restaurativa será conceituada no capítulo que trará o diálogo crítico doutrinário acerca dos JECs, por ora, cumpre apenas registrar que ela tem por fim tratar o sentimento dos envolvidos no conflito penal intersubjetivo.

¹⁵⁵ Embora a Lei 9.099/1995 tenha denominado esse instituto de transação penal, na verdade a transação é civil. Referido assunto será abordado no diálogo a ser travado mais a frente.

1.4.2 O suposto autor do fato nos juizados especiais criminais

A Lei 9.099/1995 inovou tanto no Direito Penal quanto no Processual Penal, dada a sua constituição híbrida de Direito material-processual, ao permitir que o caso penal, quiçá o conflito penal, sejam resolvidos antes mesmo do processo penal ser instaurado e sem sequer a propositura de ação penal correlata à infração, em uma audiência preliminar, na qual o suposto autor do fato terá o direito de reparar o dano sofrido pela vítima, segundo a sua conveniência, livrando-se de um processo porvindouro na esfera cível (*actio civilis ex delicto*), e, conforme a natureza da ação penal (se privada ou pública condicionada à representação) até do próprio processo criminal que será abortado pela extinção da punibilidade em decorrência da composição de danos, efeito jurídico até então inédito no ordenamento jurídico pátrio.

Além da possibilidade de composição de danos, o suposto autor do fato passou a ter o direito público subjetivo à transação “penal” como causa extintiva da punibilidade, respeitados alguns requisitos legais de ordem subjetiva e objetiva, saindo sem antecedentes criminais dessa conciliação com o Estado, não sofrendo os reveses do constrangimento de um processo penal porvindouro, *a fortiori* o estigma imanente a qualquer condenação criminal, máxime se a pena aplicada for privativa de liberdade, consoante soía acontecer.¹⁵⁶

Estes e outros benefícios foram instituídos de modo a maximizar a liberdade do suposto autor do fato com a minimização de seu sofrimento (proposta do utilitarismo garantista) e do poder punitivo intervencionista estatal, em consonância com os ditames de humanização do Direito Penal e de desburocratização do processo penal.

A celeuma doutrinária quanto aos institutos conciliatórios será tratada no diálogo a ser travado em capítulo subsequente. Nas ensanchas, parafraseando parcialmente outra obra¹⁵⁷, cumpre apenas esclarecer que a Lei dos JECs resplandeceu o multissecular movimento constitucionalista pela edificação de uma

¹⁵⁶ Hulsman e Celis, cotejando o sistema penal com o sistema militar, reconhecem que este produz mais “estrago” que aquele, mas advertem que “O sistema penal [...] produz violência. [...] ele é **estigmatizante**, ou seja, gera uma perda de **dignidade**. É isso a estigmatização ... E o sistema penal funciona o tempo todo” (grifo dos autores). Insta assinalar que referidos autores são abolicionistas, portanto, embora se concorde com o caráter estigmático do sistema penal, suas idéias não refletem as deste trabalho. Cf. HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 75.

¹⁵⁷ LAUZID, Francisco de Assis Santos. O delito de embargo à ação fiscal e a persecução criminal. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. Ano 2. v. 2. dezembro-2007. ISSN 1980-5535. pp. 77-92.

sociedade mais livre e justa, maximizando a liberdade deambulatorial e a dignidade da pessoa humana com a minimização do poder intervencionista estatal, mormente quando desnecessário e ofensivo a vários princípios constitucionais e postulados de política criminal, promovendo a humanização do Direito Penal e repudiando a intervenção estatal desnecessária que: a) ao invés de libertar, sufoca e prende; b) ao invés de incluir, exclui e marginaliza; c) ao invés de fazer justiça, promove a injustiça; d) ao invés de conceder cidadania plena, estorva a cidadania mínima; e) ao invés de ressocializar e reeducar, corrompe e degrada; f) ao invés de economizar, gasta mais do que aproveita à sociedade; g) ao invés de edificar o Estado (Social) Democrático de Direito, constrói um Estado interventor, repressor e anti-social; h) ao invés de avigorar e animar a cidadania plena, não permite ao homem ser mais do que um reles “cidadão de papel”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Expressão utilizada por DIMENSTEIN, Gilberto. *Cidadão de Papel*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Este capítulo foi desenvolvido sem a pretensão de abordar com percuciência toda a matéria concernente aos JECs. Por isso, tratará, em linhas gerais, de sua previsão legal no âmbito constitucional e infraconstitucional, incluindo a legislação do Estado do Pará concernente, discorrendo, por serem apositados à temática, pontual e descritivamente, sobre o conceito de infração de menor potencial ofensivo, os princípios expressos na Lei 9.099/1995, além de alguns princípios implícitos¹⁵⁹ inerentes aos JECs, bem como sobre seus objetivos, para somente no capítulo seguinte enveredar no diálogo crítico-doutrinário propriamente dito, conquanto as portas deste aqui sejam entreabertas.

Os juzados especiais cíveis e criminais (JECCs) foram idealizados pelo Poder Constituinte originário com previsão formal no art. 98, inc. I, da CF/1988.¹⁶⁰

A Lei 9.099/1995 criou os JECCs no âmbito anunciado originariamente pela Constituição Federal. Insta assinalar que referida Lei veio atender à conclamação das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, conhecidas pelo epíteto de “Regras de Tóquio”.¹⁶¹

A Emenda Constitucional (EC) n.º 22/1999 inseriu o parágrafo único¹⁶² no art. 98 da CF/1988, prevendo a criação dos JECCs no âmbito da Justiça Federal,

¹⁵⁹ Foram denominados de princípios implícitos alguns princípios processuais comuns aos JECs, mas que não foram contemplados expressamente nos artigos 2.º e 61 da Lei 9.099/1995.

¹⁶⁰ Artigo 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juzados especiais, provido por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juizes de primeiro grau.

¹⁶¹ As Regras de Tóquio foram discutidas nos 6.º, 7.º e 8.º Congressos das Nações Unidas, cuja adoção ocorreu em 14 de dezembro de 1990, pela Resolução 45/110 da Assembleia-Geral da ONU, precisamente na Regra 2.6, propugna que “As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima”. Em verdade, essas “regras” são recomendações aos Estados que integram a ONU para que as implementem em seu ordenamento jurídico interno. O item 4 da 68.ª sessão plenária da Assembleia-Geral da ONU, realizada em 14 de dezembro de 1990, deixa bem claro o seu conteúdo solicitante: “Convida os Estados membros a levarem as Regras de Tóquio à atenção, especialmente dos responsáveis pela aplicação das leis, do Ministério Público, dos juizes, dos funcionários encarregados de controlar a liberdade condicional, dos advogados, das vítimas, dos delinqüentes, dos serviços sociais e das organizações governamentais que participam na aplicação das medidas não privativas de liberdade, e dos representantes do poder executivo e do corpo legislativo assim como da população”. O inteiro teor das “Regras de Tóquio” encontra-se disponível no site <www.jep.org.br/downloads/JEP/SistemaGlobal/regras_toquio.htm>, sob o título *Prevenção do crime e justiça penal*, acessado em 29 de fevereiro de 2008.

¹⁶² Artigo 98, parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juzados especiais no âmbito da Justiça Federal.

assim criados pela Lei Federal 10.259/2001. Referida Lei, na época, também ampliou o leque conceitual das infrações de menor potencial ofensivo, quer para os JECs federais, quer para os JECs estaduais, considerando como tais todos os crimes com pena máxima cominada de até dois anos (art. 2.º da Lei 10.259/2001), que passaram a ser somados às contravenções penais já indigitadas pelo art. 61 da Lei 9.099/1995, das quais não cuidou a Lei 10.259/2001 por serem, as contravenções, de competência exclusiva da Justiça Estadual.

A EC n.º 45/2004 impôs a renumeração do parágrafo único do art. 98 da CF/1988, passando a figurar como § 1.º sem alteração de sua redação, adscrevendo o § 2.º concernente a custas e emolumentos.

No Estado do Pará, o art. 147, inc. V, da CE/1989, previu como órgãos do Poder Judiciário Estadual, os JECCs, e o art. 173 criou referidos juizados, estabelecendo, em seu parágrafo único, que lei de iniciativa do TJE-PA fixará a estrutura, a competência, o funcionamento e a localização dos JECCs, observando a necessidade de descentralização e interiorização da prestação jurisdicional.

O art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁶³ (ADCT) da CE/1989 inovou ao extinguir o cargo de pretor, prescrevendo que os pretores em exercício até a data da promulgação da Constituição Federal passariam a integrar, na condição de juízes togados, com todas as garantias e vedações da magistratura, o quadro de juízes especiais referidos no art. 173 da CE/1989.

A primeira Lei Estadual regulamentando os JECCs no Pará foi a Lei 5.967/1996, seguida da Lei 6.186/1999. Atualmente, a Lei Estadual-PA 6.459/2002, alterada pela Lei Estadual 6869/2006, regulamenta os JECCs criados pelo art. 173 da CE/1989.

Entrementes, da data da entrada em vigor da Lei 9.099/1995 até a criação dos JECCs no Estado do Pará pela Lei 6.459/2002, a Lei 9.099/1995 já era aplicada na amplitude dos juízos comuns (varas penais) não apenas do Pará como também no resto do País, uma vez que a falta dos respectivos órgãos judiciais (juizados especiais) não poderia estorvar os direitos, mormente de natureza material, previstos na Lei 9.099/1995. Por essa razão, mesmo antes da Lei Estadual 6.459/2002, o inquérito policial quanto às infrações de menor potencial

¹⁶³ Artigo 30. Os pretores, que estejam no exercício na data da promulgação da Constituição Federal, adquirem estabilidade, observado o estágio probatório, aplicando-se-lhes as garantias e vedações da magistratura e passam a compor quadro em extinção, integrando, como juízes togados, os juizados especiais referidos no art. 173.

ofensivo foi substituído pelo termo circunstanciado de ocorrência (TCO), que passou, até então, a ser encaminhado ao juízo comum para a realização de audiência preliminar, adotando, todavia, a ritualística moldada pela Lei 9.099/1995, assim como seus institutos.

A Lei 6.869/2006 alterou dispositivos da Lei 6.459/2002, transformando os JECCs de Belém em varas de terceira entrância criadas apenas na Capital, em número de vinte e uma varas (art. 4.º). O art. 10 prevê que os JECCs serão presididos por juízes de direito de entrância equivalente à comarca onde se localizam, mas seu parágrafo único prescreve que poderão ser designados pretores lotados na terceira entrância (Belém) para atuação nas varas de juizados da Capital, onde responderão na condição de juízes togados, consoante dispõe o art. 173 da Constituição Estadual, até que, por qualquer outro motivo, deixem a magistratura, sendo, então, definitivamente, substituídos por juízes de direito.

A Lei 6.869/2006 também prescreveu que nas comarcas onde não exista vara de juizado especial instalada, os feitos de sua competência serão julgados pelo juiz de direito da comarca, que deverá obedecer ao rito especial previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O § 1.º do art. 4.º da Lei 6.869/2006¹⁶⁴ mantém como juizados especiais, sem a condição de vara, aqueles já instalados nas comarcas do interior do Estado, até avaliação da Corregedoria e ulterior deliberação pelo Conselho Superior da Magistratura.

O art. 60 da Lei 9.099/1995, regulamentando o art. 98, inc. I, da CF/1988, deferiu competência aos JECs para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Entretanto, a Lei Estadual 6.480/2002, em seu art. 8.º, § 6.º, na contramão do texto constitucional, prescreve que será da 21.ª Vara Penal da Capital a competência para a execução das penas restritivas de direitos e multas aplicadas pelos JECs¹⁶⁵, bem como as medidas civis alternativas por eles homologadas, nos termos da Lei 9.099/1995, abrangendo todas as comarcas da Região Metropolitana de Belém.

¹⁶⁴ Artigo 4.º, § 1º. Os Juizados Especiais já instalados nas Comarcas do Interior permanecem estruturados nos termos da legislação anterior, até a avaliação da respectiva Corregedoria e deliberação do Conselho Superior da Magistratura, quando poderão, caso mantidos, ser transformados em Vara de Entrância correspondente à da Comarca, com a criação dos respectivos cargos por lei e provimento mediante relotação, remoção ou promoção.

¹⁶⁵ Diz-se na contramão, porque segundo o art. 98, inc. I, da CF/1988, compete aos JECs a execução de seus julgados, e não ao Juízo Comum ou à Vara de Execuções Penais.

A Lei 11.313/2006 alterou, por meio de seu art. 1.º, a redação dos artigos 60 e 61 da Lei 9.099/1995. O art. 61,¹⁶⁶ no anseio de garantir a isonomia com o art. 2.º da Lei 10.259/2001, classifica como infração de menor potencial ofensivo, para efeito de competência dos JECs, todas as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas cominadas não ultrapassem dois anos, cumuladas ou não com multa.

Na nova redação dada pelo art. 1.º da Lei 11.313/2006 ao art. 60¹⁶⁷ da Lei 9.099/1995, consta menção ao deslocamento da competência dos JECs quanto às infrações de menor potencial ofensivo nos casos de conexão e continência com crimes mais graves, passando, *in casu*, a competência ao juízo comum ou ao tribunal do júri, conforme o caso.

O art. 2.º da Lei 11.313/2006 alterou a redação do art. 2.º da Lei 10.259/2001¹⁶⁸, prevendo o mesmo critério de deslocamento de competência adotado para os juizados estaduais, em casos de conexão e continência, também para os JECs Federais, ressaltando que nesses casos, reunidos os processos, quer no juízo comum, quer no tribunal do júri, devem ser observados os institutos da transação “penal” e da composição dos danos civis.

Atualmente, a Capital paraense conta com nove JECs: 1.ª Vara do JEC do Jurunas, 2.ª a 5.ª Varas dos JECs instalados no Fórum Criminal, JECs de Mosqueiro e de Icoaraci, Vara do JEC do Meio Ambiente (Faci), Vara do JEC do Idoso.

Segundo dados estatísticos de 2007 fornecidos pelas nove Varas dos JECs da Capital, incluindo-se as de Mosqueiro e Icoaraci, o somatório de TCOs recebidos em referido ano foi de 10.225, foram realizadas 1.173 composições de danos civis e 1.199 transações penais; arquivados 4.537 TCOs e prolatadas apenas 42 sentenças condenatórias e absolutórias.¹⁶⁹

¹⁶⁶ “Artigo. 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 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

¹⁶⁷ “Artigo. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juizes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

¹⁶⁸ “Artigo. 2.º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.”

¹⁶⁹ Dados constantes dos apêndices A e B, deste constando informação sobre a fonte.

Sobreditos dados retratam quantidades aproximadas da realidade, dela se distanciando ainda mais por não haver um padrão de informações válidas para todos os JECs – cada qual possui o seu –, não tendo sido possível aferir, por falta de informação, quantas ações penais foram propostas em cada JEC da Capital em 2007, por essa razão, no número total de 10.225 TCOs recebidos, estão inseridos, em alguns JECs, também a quantidade de ações penais propostas, além de TCOs remanescentes de anos anteriores. O número de TCOs arquivados também não distingue, e, de regra, engloba, os mais variados motivos de arquivamento: atipicidade fática, insuficiência de provas, prescrição, composição de danos, transações penais, decadência, outras causas extintivas da punibilidade, etc., o que mascara os arquivamentos procedidos pela inoperância do Estado, causando a aparente impressão de que se foram arquivados foi porque os conflitos foram resolvidos.

São, porém, dados bem próximos da realidade, demonstrando o distanciamento do ideal quanto à eficiência dos JECs^{170, 171} da Capital, o número de conciliações e de sentenças produzidas, pois de um total de 10.225 TCOs existentes em 2007, houve apenas 1.173 composições de danos, 1.199 transações penais e 42 sentenças (entre condenatórias e absolutórias tangentes àqueles TCOs que se convolveram em ações penais), este último dado é tão insignificante que merece ser especificado: 1.^a Vara do JEC do Jurunas: 7 sentenças; 2.^a Vara do JEC de Belém: 1 sentença; 3.^a Vara do JEC de Belém: 6 sentenças; 4.^a Vara do JEC de Belém: 10 sentenças; 5.^a Vara do JEC de Belém: 4 sentenças; Vara do JEC do Meio Ambiente: 14 sentenças. Os JECs de Mosqueiro, de Icoaraci e do Idoso não prolataram nenhuma sentença.

2.1 Infrações penais de menor potencial ofensivo

A Lei 11.313/2006 alterou, por meio de seu art. 1.º, a redação dos artigos 60 e 61 da Lei 9.099/1995. O art. 61,¹⁷² no escopo de garantir a similaridade conceitual de

¹⁷⁰ Parcela de responsabilidade pela inocuidade de muitos TCOs decorre da negligência policial em sua confecção, o que leva ao arquivamento deles por insuficiência de provas.

¹⁷¹ As conclusões negativas indigitadas no trabalho são fruto de um apanhado geral, não apontando um JEC em particular, pois, como se afirmou acima, os dados fornecidos não são padronizados.

¹⁷² Artigo. 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 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

infração penal de menor potencial ofensivo ditada pelo art. 2.º da Lei 10.259/2001, classificou como infração de menor potencial ofensivo, para efeito de competência dos JECs estaduais, todas as contravenções penais, independentemente do *quantum* da pena (art. 10 do DL 3.688/1941),¹⁷³ e os crimes cujas penas máximas cominadas não ultrapassem dois anos, estejam essas penas cominadas em caráter cumulativo ou alternativo com a sanção de multa, quer sejam eles de rito especial, quer, não.

A Lei 9.839/1999 introduziu o artigo 90-A no texto da Lei 9.099/1995, proibindo a aplicação dos institutos dos JECs aos crimes militares, incluindo os crimes militares impróprios, independentemente do *quantum* da pena.

A Lei 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), em seu art. 41,¹⁷⁴ afastou da competência dos JECs todo e qualquer delito perpetrado com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, como também não permite que os institutos da Lei 9.099/1995 sejam aplicados.¹⁷⁵

O art. 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) dispõe que aos crimes nela previstos, cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/1995. Contudo, esse dispositivo não ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo para crimes com pena máxima cominada de quatro anos, permanecendo, assim, o limite conceitual de dois anos.

Às infrações penais de menor potencial ofensivo perpetradas contra idosos, bem como àquelas com pena superior a 2 (dois) anos, e não superior a 4 (quatro) anos, deverá ser procedido o rito sumariíssimo da Lei 9.099/1995, prescrito para a audiência de instrução e julgamento, não, porém, os institutos de direito material próprios da audiência preliminar, mormente no tangente à transação “penal”, salvo se a pena máxima cominada não ultrapassar 2 (dois) anos, mesmo porque, neste caso, a competência será do JEC, segundo pondera Rômulo Moreira.¹⁷⁶

Também refogem à competência dos JECs as infrações penais de menor potencial ofensivo, quando perpetradas por quem goza de prerrogativa de foro, a exemplo plástico, mas não exaustivo, do disposto no art. 102, inc. I, alínea “b”, da

¹⁷³ A LCP limita a cominação de pena de prisão simples a até 5 (cinco) anos. Todavia, qualquer que seja o *quantum* da pena ou a sua natureza, tratando-se de contravenção, elas sempre serão da competência dos JECs estaduais.

¹⁷⁴ Artigo 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

¹⁷⁵ A discussão doutrinária acerca da (in)constitucionalidade da Lei Marinha da Penha quanto à possível ofensa ao princípio da igualdade não conveio abordar neste trabalho.

¹⁷⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Juizados Especiais Criminais*. Salvador: Edições Podivm, 2007.

CF/1988¹⁷⁷. Trata-se, portanto, de norma constitucional excepcional em face de outra norma constitucional (art. 98, I), não havendo, assim, inconstitucionalidade.

Todavia, a imperatividade do princípio da igualdade, mesmo em se tratando de caso com prerrogativa de foro, impõe que no tribunal competente, ao se tratar de infração de menor potencial ofensivo, seja qual for o tribunal e seja quem for o suposto autor do fato, os institutos materiais próprios da Lei 9.099/1995 deverão ser atendidos, a exemplo da composição de danos, da transação “penal”, do *sursis* processual (art. 89); não, porém, as normas apenas processuais, visto que se a competência é deferida constitucionalmente a outro órgão jurisdicional, o rito que lhe for legalmente prescrito deverá ser observado.

Constitui, também, infração de menor potencial ofensivo o *conatus*¹⁷⁸ de crime de auto-aborto (art. 124 do CP), pois com a redução de um terço (art. 14, II, parágrafo único, do CP) da pena máxima cominada ao crime consumado, que é de três anos, obtém-se a pena máxima de dois anos de detenção. *In casu*, os institutos materiais da transação “penal” e do *sursis* processual devem ser observados. Entretanto, por expressa previsão constitucional (art. 5.º, inc. XXXVIII, alínea “d”), a competência para conciliar, processar e julgar esse crime é do tribunal do júri, e não dos JECs, por se tratar de delito doloso contra a vida.

Em suma, todas as contravenções penais (sem exceção) e os crimes, cujas penas máximas cominadas não ultrapassem 2 anos, constituem infrações penais de menor potencial ofensivo, independentemente do rito processual originariamente previsto, ainda que a competência para julgá-los não seja dos JECs, a exemplo do que ocorre na competência determinada pela prerrogativa de foro ou na tentativa criminosa de aborto pela própria gestante, entre outros conatos ou casos em que com a imposição de alguma causa de diminuição de pena – *v.g.*, arrependimento posterior –, a sanção máxima, com a incidência da minorante, seja reduzida para até 2 anos¹⁷⁹.

¹⁷⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo tribunal Federal [...] I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República [...]”

¹⁷⁸ *Conatus*. Tentativa. Cf. in SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novissimo dicionário latino/português*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, s.d. Conato. Tentativa de crime. HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

¹⁷⁹ Conquanto não tenha sido objeto deste trabalho enveredar na discussão acerca da classificação das infrações penais de menor potencial ofensivo pelo critério do *quantum* máximo da pena, convém mencionar que outra diretriz, como a da graduação da relevância do bem jurídico penal tutelado e a correspondente gravidade da afetação, em termos práticos, inviabilizaria a classificação legal dessas infrações, deixando, cada caso, ao subjetivismo de miríades magistrados deste País, o que redundaria em insegurança jurídica por conta de inúmeras decisões judiciais díspares, que implicariam arguições

2.2 Desideratos dos juizados especiais criminais expressos na Lei 9.099/1995

A Lei 9.099/1995, art. 62, *in fine*, indigita dois objetivos dos JECs: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade; este segundo fito, quer ao suposto autor do fato, quer ao réu (ou querelado). Esses escopos estão em consonância com a Constituição Federal.

Antes da Lei 9.099/1995, a satisfação do dano *ex delicto* só era possível por meio de processo no cível (art. 68 do CPP) ou extrajudicialmente mediante composição particular. Não se permitia a satisfação do dano no espaço da Justiça penal, salvo alguns poucos casos, como nos crimes patrimoniais, nos quais, havendo apreensão do objeto material do delito, este poderia (e ainda pode) ser restituído à vítima pela Polícia, ainda na fase inquisitorial (art. 120, *caput*, do CPP).

Exceto esses poucos casos, o máximo que se permitia à vítima, por meio do processo penal para fins de reparação do dano, era mover a ação penal privada (queixa-crime) ou ingressar como assistente de acusação na ação penal pública movida pelo *Parquet* (art. 68 do CPP), pugnando pela aplicação apenas da sanção penal. Diante do trânsito em julgado da sentença penal, como efeito genérico da condenação (art. 91 do CP), a vítima podia executar, no juízo cível, referida sentença, que somente torna certa o *an debeatur*, não, porém, o *quantum debeatur*, a ser liquidado também no cível, remetendo-a a uma dispendiosa, morosa e desgastante odisséia processual a se delongar por anos a fio.

Os JECs vieram para minimizar, ao menos quanto às infrações penais de menor potencial ofensivo, o tormento da morosidade e extrema formalidade até

de nulidades em decorrência de problemas insanáveis quanto à fixação da competência material (juizados x juízos comuns) e dos direitos daí conseqüentes, além de inúmeros recursos e *habeas corpus*, atravancando a celeridade principiológica dos juizados. Observa-se que não apenas o melhor critério pragmático fora adotado pelo legislador ordinário, mas também uma diretriz de justiça foi observada, e a esse critério adida, para a conceituação das infrações de menor potencial ofensivo pelo *quantum* máximo da pena no concernente aos crimes, considerando-se que a sanção penal, pelo princípio da proporcionalidade, é cominada segundo a graduação da relevância do bem jurídico tutelado, somando-se à gravidade da respectiva ofensa abstratamente descrita em cada tipo legal, além do que, no tangente às contravenções penais (crime-anão), infrações penais consideradas um *minus* em relação aos crimes dos quais, ontologicamente, não se distinguem, o critério adotado foi o da menor gravidade ofensiva aos bens jurídicos por elas tutelados, tendo sido, então, adotado um critério misto para sobredita classificação infracional, ou seja, todas as contravenções penais (independentemente do *quantum* da pena, por já serem formalmente consideradas infrações penais menos graves) e os crimes com pena máxima cominada de dois anos, salvo os excluídos por força de lei.

então havida para a reparação do dano *ex delicto*, destinando-se a solucionar o conflito intersubjetivo proveniente dessas infrações, nas ambitudes penal e cível.

O art. 98, inc. I, da CF/1988 aponta os JECs como órgãos do Judiciário com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, prescrevendo, ainda, a transação “penal”, como instituto humanizador do Direito Penal.

A conciliação, ora é tratada pela Lei 9.099/1995 como sinônima de composição dos danos havidos pela vítima, distinguindo-a da transação “penal” (artigos 79), ora como gênero do qual são espécies a composição dos danos civis e a transação “penal” (art. 60).¹⁸⁰

Inferre-se da competência delimitada no dispositivo constitucional nuper citado que os JECs têm como objetivos, além do julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo, a realização de composições civis e de transações penais no escopo de se evitar não apenas a aplicação de pena privativa de liberdade, como o próprio processo penal, pois este, efetivamente, só inicia com o ajuizamento da ação, que se dá com o recebimento da ação penal pelo juiz, instaurando-se a instância penal com a citação válida do réu, momento em que se conforma a triangulação da relação processual (juiz, autor e réu).

Importa relatar que o rito dos JECs, em relação ao procedimento ordinário, inverte os atos do recebimento da ação penal e da citação pessoal do réu. Este ocorre primeiro que aquele. A citação dá-se, estando o acusado presente, em audiência preliminar (art. 78), ou em qualquer lugar em que ele se encontre (art. 66), mas sempre antes do recebimento da denúncia, que somente acontecerá em audiência de instrução e julgamento, ainda assim após a apresentação de defesa preliminar a ser, incontinenti, apreciada pelo juiz (art. 81), pois, caso as alegações constantes da defesa proemial sejam procedentes, elas servirão de fundamento para o não-recebimento (art. 41 do CPP) ou para a rejeição da ação penal (art. 43 do CPP).

Amalgamando o texto constitucional com o da Lei 9.099/1995, extrai-se como objetivos dos JECs: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a evitação, sempre que possível, de aplicação de pena privativa de liberdade. Esta, por seu turno, pode ser proporcionada como medida civil alternativa antecipada ao processo penal de

¹⁸⁰ Adotou-se, neste trabalho, o sentido genérico do termo conciliação, que também assume a nomenclatura ora de acordo, ora de concerto, entendendo-se como suas espécies a composição de danos civis e a transação “penal”.

natureza extintiva da punibilidade, em alguns casos com a simples reparação do dano, em outros com a transação “penal” ou com a conjugação de ambas as conciliações, no caso de crimes ambientais¹⁸¹. Quando houver instauração do processo penal por impossibilidade de homologação de alguma medida civil alternativa, o segundo objetivo dos JECs ainda poderá ser atendido com a substituição da pena privativa de liberdade, quando esta for a aplicada, por alguma pena restritiva de direito.

O desiderato conciliatório é tão imperativo nos JECs que o art. 79 da Lei 9.099/1995, na fase da audiência de instrução e julgamento, portanto, já passada a audiência preliminar destinada à composição dos danos e à transação “penal”, e já tendo sido oferecida pelo órgão acusador a respectiva ação penal, determina ao juiz que, ao abrir a audiência de instrução e julgamento, antes de receber a defesa preliminar do acusado, “se não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público”¹⁸² na audiência preliminar, proceda a ambas, na forma e nos casos em que sobredita Lei permitir, *i.e.*, que o juiz tente a conciliação (composição de danos e/ou transação “penal”).

A falta do promotor de justiça e/ou do defensor do suposto autor do fato à audiência preliminar acarreta a nulidade dos atos nela realizados, assim vem decidindo o STF.¹⁸³

Após o oferecimento a ação penal, ela não poderá ser recebida em audiência preliminar. Seu recebimento, se não for o caso de imediata rejeição ou indeferimento, fica diferido, nos termos do art. 81, para momento ulterior ao da defesa preambular a ser apresentada somente em outra audiência: a de instrução e julgamento.

Logo, sendo desfeito o oferecimento de ação penal antes das propostas conciliatórias serem efetivadas, bem como sendo proibido o respectivo recebimento judicial antes da análise judicial da defesa preliminar a ser apresentada em audiência de instrução e julgamento, não há que se cogitar da existência de processo penal na

¹⁸¹ Nos termos do art. 27 da Lei 9.605/1998, a transação “penal” só será admitida mediante prévia composição do dano ambiental.

¹⁸² Artigo 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.

¹⁸³ “EMENTA: HC. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO E DE DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE. Os artigos 68, 72 e 76, § 3º, da Lei 9.099/90 exigem, expressamente, o comparecimento do autor do fato na audiência preliminar, acompanhado de seu advogado ou, na ausência deste, de defensor público. A inobservância desses preceitos traduz nulidade absoluta. Hipótese em que o paciente não foi amparado por defesa técnica nem lhe foi nomeado defensor público na audiência preliminar na qual proposta a transação penal. Ordem concedida. HC 88797-RJ, D.J. 15/9/2006.”

fase da audiência preliminar, pois o processo só passa a existir depois da propositura da ação penal e, ainda assim, se ela vier a ser recebida (ajuizada).

Quando a Lei 9.099/1995, em seu art. 72, rotula de “pena” não privativa de liberdade a medida transacionada voltada a evitar a instauração de processo penal, labora em errônea técnica, pois não há que se falar, nesse momento, nem em aplicação antecipada de “pena” alternativa ou restritiva de direitos, mas sim, em “medida civil alternativa antecipada ao processo penal”.¹⁸⁴

O art. 62 aponta como um dos objetivos dos JECs a evitação de aplicação de pena privativa de liberdade, prescrevendo também a conciliação, ou seja, determina a evitação de aplicação de pena privativa da liberdade de duas formas:

a) Antes da ação penal com a composição de danos e/ou com a aceitação de medida civil decorrente da transação e, *a fortiori*, como medida alternativa à aplicação de qualquer pena, até mesmo de pena alternativa (trata-se de medida civil alternativa), pois, nessa fase, não há que se falar tecnicamente em sanção penal;

b) Após sentença penal condenatória, decorrente do devido processo legal no qual se tenha garantido ampla defesa e contraditório, substituindo-se a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Em suma, os JECs possuem dois fitos expressos no art. 62 da Lei 9.099/1995:

a) O da conciliação como gênero, que pode ser de duas espécies, composição de danos civis entre a vítima e o suposto autor do fato e/ou transação “penal” entre o órgão acusador e o suposto autor do fato. Essas medidas conciliatórias¹⁸⁵, que não são penas alternativas nem antecipadas, podem ser concretizadas em dois momentos, em audiência preliminar ou, na impossibilidade dos respectivos tentâmenes conciliatórios nessa fase¹⁸⁶, no incoar da audiência de instrução e julgamento, antes mesmo do oferecimento da defesa prefacial;

¹⁸⁴ Sobredita nomenclatura é adotada e proposta neste trabalho como sendo a, tecnicamente, correta. Por vezes, será substituída pela expressão reduzida “medida civil”.

¹⁸⁵ Conquanto, na passagem acima, admita-se, genericamente, a natureza de medida civil alternativa antecipada ao processo tanto para a composição de danos quanto para a transação penal, referida nomenclatura foi e doravante será empregada, neste trabalho, apenas em relação à transação penal, isso porque há casos (de ação penal pública incondicionada) em que a composição de danos antecipada ao recebimento da denúncia serve apenas de minorante, – v.g. o arrependimento ulterior (art. 16 do CP) –, sem o condão de extinção da punibilidade e, conseqüentemente, de medida alternativa, como também, poderá ocorrer no curso do processo, servindo de atenuante, sem a natureza de medida antecipada.

¹⁸⁶ O ideal seria que as propostas conciliatórias, mesmo recusadas em audiência preliminar, fossem reproduzidas no início da audiência de instrução e julgado, sendo estendidas até às alegações finais.

¹⁸⁶ O ideal seria que as propostas conciliatórias, mesmo recusadas em audiência preliminar, fossem reproduzidas no início da audiência de instrução e julgado, sendo estendidas até às alegações finais, fato que será mais bem abordado nos próximos capítulos.

b) O da evitação de aplicação de pena privativa de liberdade, que pode ser concretizada de duas maneiras: em audiência preliminar, por meio de medida civil e sem a idiosincrasia de pena, extinguindo-se a punibilidade do suposto autor do fato ou, no caso de o processo penal ser viabilizado, em sentença penal condenatória com substituição da pena privativa de liberdade, quando ela for a sanção aplicada, por pena de multa e/ou restritiva de direito, conforme fulcro no art. 44, § 1.º do CP. Apenas neste caso, a natureza da pena restritiva de direito ou da pena alternativa seria de sanção penal no rigor técnico de sua acepção jurídica, pois aplicada na fase processual concernente à sentença penal condenatória, depois do devido processo legal, no qual foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Considerando a Teoria do Direito, em termos genéricos, os JECs têm por anelo a concreção tridimensional do(a):

a) Segurança jurídica, pelo fato de o Estado estar dando uma resposta imediata a um conflito ou caso penal, sem vender seus olhos à criminalidade, ao anseio social e, em particular, à pretensão indenizatória da vítima;

b) Progresso social, por promover a paz e a ordem mediante a mediação e a (re)conciliação, procurando, sempre que possível, evitar a aplicação de pena privativa da liberdade;

c) Justiça substantiva, cuja consecução deverá, precipuamente, dar-se por meio da observância de seus objetivos expressos: reparação de danos e evitação de pena privativa de liberdade, garantindo, dessarte, a justa composição de danos, no escopo da satisfação da vítima, propiciando-lhe a máxima felicidade apregoada pelo utilitarismo garantista e uma resposta imediata do Estado em relação ao caso penal que se lhe apresenta, assim como minimiza o sofrimento do suposto delinqüente, sem a inflição desnecessária da sanção penal e sem os estigmas sociais decorrentes ou, ainda, caso seja processado e condenado, que a pena, sempre justa e proporcional, não lhe retire a liberdade deambulatorial, salvo casos excepcionais, devidamente fundamentados.

2.3 Regras, princípios e valores

Este tópico e seus subitens não são tratados na TTD por Reale¹⁸⁷, mas são necessários ao diálogo a ser travado mais além, não tendo o condão de imergir com percuciência no assunto, adstringindo-se a uma abordagem de caráter, embora não exclusivo, primacialmente conceitual, necessária a um razoável entendimento sobre a composição sistêmica do ordenamento jurídico e, especialmente, acerca da normatividade dos princípios jurídicos, além de uma noção da concepção dos valores¹⁸⁸ intrínsecos ao Direito.

As regras e os princípios compõem o sistema jurídico. Sistema também pressupõe a idéia de religação do conhecimento científico, considerando menos a fragmentarização do Direito em ramos e mais a sua “unidade”, que, por seu turno, permite concebê-lo como sistema ou, em sistemas, quando concernente ao direito comparado em perspectivas de macro ou de microcomparação.¹⁸⁹

O conceito de sistema jurídico permite ao Direito Constitucional tratar de temas importantes como o controle de constitucionalidade, ao considerar a supralegalidade das normas constitucionais (de seus princípios, inclusive) em relação a toda a legislação infraconstitucional por conta de nessa estrutura sistêmica as normas se apresentarem escalonadas tendo como magnitude mais supina as de categoria constitucional.

Interessa aqui a visão de sistema jurídico interno, tendo a Constituição como norma superior. Segundo Bobbio, ao se subir das normas inferiores às superiores, “chega-se a uma norma suprema que não depende de nenhuma outra [...] e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento jurídico. Essa norma suprema é a norma fundamental”. Bobbio esclarece que cada ordenamento possui uma norma

¹⁸⁷ Reale desenvolve sua TTD indigitando a norma como um dos elementos indissociáveis do Direito, tratando-a de forma genérica, sem elaborar a distinção entre regras e princípios. Assim, sentiu-se a necessidade de se labutar com os conceitos de regras e princípios, mais destes que daquelas, pois logo mais serão abordados os princípios inerentes aos JECs, bem como em relação a eles, mormente quanto aos da informalidade, da economia e da celeridade processual, muitas referências serão feitas ao se travar o diálogo crítico-(re)construtivo no capítulo porvindouro.

¹⁸⁸ “O direito penal, por ser ‘direito’, participa de todas as características do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo etc.” Cf. in ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999. p. 100.

¹⁸⁹ Sobre sistema jurídico, cf. DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado*: introdução, teoria e metodologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 123 et seqq.

fundamental que “faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de *ordenamento*” (grifo do autor).¹⁹⁰

No sistema jurídico, há verdadeira hierarquia de diferentes níveis de normas, mas sem romper a sua unidade reticular, daí a injunção do respeito à jerarquia das normas, máxime quando constitucionais, ser uma cobrança para a harmonia sistêmica, como se regras e princípios fossem, cada qual, blocos constitutivos de uma gigantesca estrutura piramidal, considerando-se, evidentemente, o sistema jurídico interno, visto que há outros sistemas jurídicos componentes da rede internacional, desimportantes, todavia, a este trabalho.

2.3.1 Regras e princípios

Regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica. Segundo Robert Alexy¹⁹¹, as regras são ordens ou mandamentos definitivos, já os princípios são ordens ou mandamentos de otimização, mas ambos são normas integrantes do sistema jurídico, que, por essa peculiaridade reticular, impõem ao Direito outra idiosincrasia, a da unicidade.

Importa sublinhar aqui o caráter normativo dos princípios jurídicos, pois quando se afirma que os princípios são normas, há o reconhecimento de que eles possuem conteúdo vinculativo e imperativo, não se tratando de meras propugnações, proclamações desprovidas de poder normativo ou, quando muito, fonte de teor normativo meramente supletório, embora constantes, expressas ou implicitamente, do ordenamento jurídico.

O caráter normativo dos princípios jurídicos, especialmente dos constitucionais, atendendo à tridimensionalidade teleológica do Direito impõe limitações ao Poder estatal em todas as searas de sua atuação, não apenas na amplitude legiferante, mas na esfera administrativa e judicial, *a fortiori* quando tangentes a direitos fundamentais, pois, nesse particular, inerem ao ideal de edificação do próprio Estado (Social) Democrático de Direito.

A normatividade principiológica vincula a todos, pois a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é uma obrigação *erga omnes*,

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Unb, 1982. p. 49.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

em especial, o da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária, sem marginalização, sem preconceitos e discriminações, que garanta o desenvolvimento e progresso nacional com segurança jurídica e justiça material (art. 3.º da CF/1988).

Quanto às regras, elas devem ser cumpridas da forma como prescritas pelo legislador, não se admitindo, no ordenamento jurídico, outra regra de mesma hierarquia dispor sobre o mesmo assunto tal e qual, ou diferentemente, caso em que uma delas deverá, definitivamente, cair, salvo casos especiais, *v.g.*, em se tratando de regra regulamentadora de outra, dispostas em complementaridade reticular, ou de regra geral e de regra especial, em que o conflito será apenas aparente, sendo resolvido pelo princípio da especialidade, havendo ainda casos de consunção, de subsidiariedade, etc.

Exceto alguns casos, em que o conflito será apenas aparente, os demais conflitos (reais) entre regras são resolvidos pela eliminação definitiva de uma delas do ordenamento jurídico, a mais antiga ou a de menor hierarquia.

Os princípios jurídicos, por serem normas de otimização, não possuem o caráter definitivo das regras. Aquilo que tem a pretensão de otimizar vem para uma edificação constante. O princípio não é estático, e sim dinâmico; não é estanque, mas aberto a novas construções, dado seu apanágio programático, porém, indissociável de seu conteúdo normativo. Por isso os princípios, diferentemente das regras, devem conviver harmonicamente no ordenamento jurídico ainda quando concorrerem como solução de um mesmo caso.

Os princípios não precisamente colidem, mas podem concorrer em um caso concreto. Nessa situação, ainda que sejam de mesma hierarquia, nenhum deles será eliminado do sistema jurídico, pois, mediante o método de ponderação dos princípios, entre eles, um será eleito como solução, ou seja, aquele que melhor otimizar o Direito em sua concepção sistêmica, que maior justiça substantiva vier a concretizar, mantendo, dessarte, os princípios concorrentes em harmonia com o ideal do Estado (Social) Democrático de Direito e com os ditames constitucionais.

Há situações em que os princípios jurídicos, no caso concreto, parecem contrários, mas só aparentemente se encontram em posições polares adversas, pois, ao se eleger, segundo Dworkin^{192, 193}, o melhor princípio jurídico para

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

solucionar o caso concreto (“princípio político moralizante”), não apenas este princípio, como também o(s) concorrente(s) culminará(ão) sendo reafirmado(s) e robustecido(s), quer pela otimização do sistema, quer pela harmonia garantida entre o princípio preferido e o “preterido” no caso concreto, pois a pseudopreterição de um deles impõe, na verdade, a reafirmação e a tonificação de ambos e de todos os demais no sistema jurídico que deverá permanecer em equilíbrio.

Essa concepção de preterição do princípio menos consentâneo ao caso concreto, em havendo concorrência de princípios, na verdade, é apenas apriorística, pois o que se toma por princípio preterido no caso específico, reverte-se em princípio revigorado em sua dimensão reticular.

A título ilustrativo da concorrência de princípios no caso concreto, toma-se o princípio da liberdade, que, muita vez, concorre no caso concreto com o da igualdade. Um deles deverá ser eleito pelo juiz para solucionar o caso. Nenhum dos dois tem peso hierárquico maior do que o do outro. Ambos são de jerarquia constitucional, além de serem direitos fundamentais.

Tudo irá depender da eleição do melhor princípio como solução do caso em testilha, daí porque Dworkin¹⁹⁴ batizou uma de suas obras de “Uma Questão de Princípio”, considerando que Direito é eminentemente político e que a decisão mais justa depende da eleição do melhor princípio para o caso concreto, por ele indicado como sendo o princípio político mais justo e moralizante, *i.e.*, aquele que melhor concretize a justiça substantiva e materialize o texto constitucional.

Eleito o melhor princípio como solução para o caso dado, pinçando-se do sistema aquele que for mais justo, à luz do Estado (Social) Democrático de Direito e da Constituição, o ordenamento jurídico findará otimizado, o Direito será mais justo, a justiça material terá sido concretizada e o princípio aparentemente preterido terá sido, na verdade, igualmente, reafirmado e robustecido, pois não há liberdade sem igualdade e vice-versa.

¹⁹³ Conquanto Ronald Dworkin e Robert Alexy tenham idéias distintas relativamente à aplicação dos princípios, este autor foi solicitado apenas para a conceituação de regras e princípios, enfocando o caráter normativo de ambos, o que também, neste ponto, é afirmado por Dworkin, não se enveredando nas questões doutrinárias divergentes entre eles, considerando que fora adotado como norte de aplicação dos princípios a diretriz apostolada por Dworkin, qual seja, a de eleição do melhor princípio político moralizante, à luz da Constituição, como solução do caso concreto. Não se concordando com as afirmações de colisão de princípios nem de preterição de princípios, consoante explicações constantes do trabalho.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

É o que ocorre, por exemplo, quando se limita a liberdade de contratar entre empregadores e empregados, entre fornecedores e consumidores, entre adultos e menores de dezoito anos, elegendo-se como princípio reitor a igualdade material mediante um sistema de compensações em defesa do hipossuficiente.

A liberdade de contratar, que *a priori* parece negada e preterida em favor do princípio da igualdade, harmoniza-se com este, sendo, sim, revigorada, pois só há liberdade com igualdade e vice-versa. Esse paradigma garante a harmonização do sistema sem exclusão ou mesmo preterição de nenhum de seus princípios em sua disposição estrutural reticular.

Insta consignar que a violação de um princípio é mais grave que a de uma regra, pois quando, *v.g.*, uma regra legal imposta a certo contrato é infringida, apenas uma norma é desobedecida, sem que o sistema jurídico seja abalado por essa ranhura, ainda que o ordenamento jurídico sinta a lesão, ela ocorrerá em uma área pontual, restrita, como uma agulhada em um dos dedos. Quando, porém, um princípio é desrespeitado, todo o ordenamento jurídico sofre as conseqüências da desarmonia reticular, como se fosse uma forte virose, desorquestrando todo o sistema, maculando seu espírito, seu caráter, sua harmonização.

2.3.2 Valores jurídicos

Se o Direito é fato, valor e norma, em razão de determinados fatos serem normatizados para a consecução de valores, significa dizer que as regras e os princípios não apenas carregam consigo valores sociais, que passam a ser jurídicos, como também que essas normas existem para a concretização dos valores correlatos.

O valor, como elemento vetorial do Direito e do dever ser, não é espécie de norma jurídica, ainda que nela esteja contido para atribuir-lhe o condão de Direito justo.

O valor apresenta como idiosincrasias a bipolaridade, a implicação, a referibilidade, a preferibilidade, a incomensurabilidade, a graduação hierárquica, a objetividade, a historicidade, a realizabilidade e a inexauribilidade. Essas peculiaridades são explicadas por Reale segundo a sinopse que se faz a seguir:

a) Bipolaridade: o valor é sempre bipolar porque, àquilo que é, haverá contraposto algo que não é; a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom, o mau;

ao nobre, o vil; ao belo, o feio; ao “direito”, o “torto”; ao lícito, o ilícito, de forma que o sentido de um exige o do outro¹⁹⁵;

b) Implicação: a bipolaridade decorrente da existência de valores positivos e negativos contrapostos e conflitantes que, por isso, implicam-se em um processo dialético; bem como os valores positivos também se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir na realização dos demais, essa interdependência necessária de valores permite, nas palavras de Reale, afirmar que o mundo da cultura é um mundo solidário, ainda que não haja coexistência pacífica de interesses, embora essa seja uma meta ideal da solidariedade ética e que deve ser alcançada pela justiça, “sendo o direito uma força decisiva na sempre almejada composição social de valores”¹⁹⁶;

c) Referibilidade: é a necessidade de sentido do valor, pois se todo ser humano é, ou pelo menos tem essa capacidade de ser, ao mesmo tempo, ser e dever ser, justamente o dever ser do homem terá o valor como vetor inclinando-o “a ser como deve ser”. A referibilidade pode ser extraída dos apanágios da bipolaridade e da implicação;

d) Preferibilidade: se o valor é fator do dever ser, impõe concluir que há, na bipolaridade e na implicação dos valores, uma orientação a ser seguida, ou seja, uma teoria dos fins ou teleologia.¹⁹⁷ Os valores podem ser vistos como uma ordem de preferências embora não fiquem limitados ao meramente psicológico, pois eles subsistem ao desejo, quer este tenha cessado, quer tenha sido satisfeito, reconhecendo-se sua validade objetiva e ideal na força ou pressão social que eles representam sobre cada indivíduo de per si, muitas vezes contrariando seus desejos e interesses;

e) Incomensurabilidade: os valores não podem ser avaliados ou medidos, não se podendo, *v.g.*, medir quanto vale a vida ou a dignidade humana, embora os valores possam ser distribuídos em hierarquia ou por graduação preferencial;

f) Graduação hierárquica: os valores são, necessariamente, suscetíveis de ordenação ou de hierarquia, pois eles não estão isolados uns dos outros, mas

¹⁹⁵ Reale esclarece que “O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência”. Cf. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189.

¹⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 190.

¹⁹⁷ Daí Reale dizer que “*fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta*” (grifo do autor). *Ibidem*. p. 191.

ordenados de forma gradativa, sendo eles ou subordinantes ou subordinados, distribuídos em valores fundamentais e secundários.¹⁹⁸;

g) Objetividade: por ela se reconhece a distinção entre valor e valoração ou entre valor e interesse, *i.e.*, os valores se impõem objetivamente às nossas experiências subjetivas;

h) Historicidade: o valor não se compreende sem referência à História¹⁹⁹. A realidade dos valores se dá em uma projeção histórico-dialética, pois o valor não é apenas volição ou preferência, realiza-se em fatos que não representam a projeção da consciência individual, empírica e isolada, mas do espírito mesmo, em sua universalidade, enquanto ele se realiza e se projeta para fora, como consciência histórica proveniente da experiência também histórica, adquirida no processo dialógico da história que traduz a interação das consciências individuais, em um todo de superações sucessivas, representando tendências profundamente éticas²⁰⁰ nos ciclos culturais experienciados pelas gerações;

i) Realizabilidade: todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, portanto, o valor é também fato, mas a ele não se reduz, bem como o valor se contrapõe ao fato²⁰¹. O valor é fato que se desdobra na história em ciclos culturais, permitindo a modificação de fatos no campo do ser e do dever ser cujas edificações se fazem constantes. A vida espiritual é “uma vivência perene de valores” que somente o homem é capaz de realizar, tornando a realidade axiológica possível. Entre valor e realidade, em vez de abismo, há um nexos de polaridade e de

¹⁹⁸ O “valor da pessoa humana” é o “valor fundamental ou valor-fonte” de todos os valores. Cf. *Op.cit.*, p. 207.

¹⁹⁹ Reale, após afirmar que “há dois mundos fundamentais, que chamamos o mundo da natureza e o mundo da cultura”, este também chamado de “mundo do espírito”, “espírito objetivo” ou “mundo histórico”, esclarece que o “homem constrói um mundo histórico sobre um mundo dado, ou seja, esses dois mundos não se repelem, e sim se complementam, pois na base do mundo cultural está o mundo da natureza. *Ibidem.* p. 241-258.

²⁰⁰ Nas palavras de Reale, convém consignar que embora os valores sejam representados por tendências profundamente éticas, à ética não se adstringem, pois como decorrem das experiências históricas de sucessivas gerações, não são objetos meramente ideais ou modelos estáticos, constituindo também uma realidade que se projeta na história, por isso também não é uma realidade estática, mas dinâmica e sucessiva, obedecendo a “um desenvolvimento dialético de complementaridade” realizável e inexaurível, impondo concluir que os valores não são fatores éticos, mas elementos constitutivos desses fatores éticos ilustrados sobre o sentido da experiência histórica do homem. *Ibidem.* p. 206-207.

²⁰¹ Na TTD, fatos e valores se integram dialeticamente em um processo normativo. Os valores, observados em seu apanágio histórico-cultural, modificam os fatos e as normas, convolvendo-se em outros fatos e normas, pois o valor possui função vetorial no campo do dever ser que não apenas é, mas é sendo, ou seja, no processo dialético da polaridade de valores e de sua implicação, os valores servem de empuxo ao dever ser para o seu permanente devir, em propriedade à evolução moral do homem, do progresso social e do Direito justo. Nesse processo histórico-dialético de valores, o próprio juízo de valor (subjetivo) que com os valores (objetivos) não se confunde, morigerando, fazendo do jurista e do hermeneuta profissionais melhores, porque seres humanos, também, melhores.

implicação, impondo concluir que não haveria História sem valor, ou seja, um “dado” ao qual não fosse atribuído nenhum valor, pois ele seria como inexistente; também não existe um valor que não tenha se convertido em um momento da realidade, se assim fosse, o valor não passaria de algo abstrato e quimérico, irrealizável, podendo-se afirmar que o valor não teria valor;

l) inexauribilidade: na projeção histórica dos valores, observa-se que realidade e valor se implicam constantemente, sem se reduzirem um ao outro. “O valor não se reduz ao real, nem pode coincidir inteiramente, definitivamente, com ele”, pois se assim fosse, o valor converter-se-ia em “dado”, perdendo a sua essência que é a de sempre “superar a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota”, por isso Reale diz que “o mundo da cultura obedece a um desenvolvimento dialético de complementaridade” sucessiva e inexaurível. A realizabilidade do Direito justo não permite afirmar que a justiça está definitivamente estabelecida, pois o que está posto entra em conflito com uma dose a mais de justiça que a realidade sempre cobra, mas que a ela ainda não foi incorporada, pois o homem é, concomitantemente, um ser que também é seu dever ser, sendo este aspecto uma constante.

Jorge Miranda²⁰² doutrina que o ordenamento jurídico, por constituir uma unidade de normas coerentes e consistentes, incorpora valores às suas “regras”. Esses valores projetam-se ou traduzem-se em princípios anteriores aos preceitos. Contudo, melhor seria dizer que esses valores precedem aos princípios e por estes são carreados, mas com eles não se confundem.

O Direito positivo é produzido pelo poder político, embora exercido por homens, sendo, assim, institucionalizado pelo Estado. O poder político está jungido a forças e valores sociais, logo, as normas jurídicas devem conter os valores consagrados pela sociedade, ganhando, além da legalidade formal, a legitimidade democrática. Por isso, o poder político deve realizar valores.

Quanto ao valor, convém citar preleção de Ivo Dantas (informação verbal)^{203,204}, – segundo o qual, a CF/1988 usou em seu preâmbulo o termo “valores supremos”, arrolando “a segurança, o bem-estar” (progresso social), “o desenvolvimento”

²⁰² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 197.

²⁰³ Aula da Disciplina Ciência Política, Relações Internacionais e Direito de Integração, ministrada pelo professor Francisco Ivo Dantas no Curso de Mestrado em Direito do Estado da Unama, Belém, 3/3/2007.

²⁰⁴ Referência em adequação à NBR 10520, 2002, da ABNT.

(progresso socioeconômico), “a igualdade e a justiça” –, e, no art. 5.º, a expressão princípios fundamentais, pois ambos, tecnicamente, não se equivalem.²⁰⁵

O valor tem eficácia social, mas para Ivo Dantas não goza de juridicidade. Sua concepção é mais afeta à Sociologia (já para Reale, à Filosofia, no atinente à axiologia propriamente dita). O valor é de natureza acentuadamente sociológica, porque ele nasce e é repassado de acordo com o grupo social, por isso traz consigo a legitimidade, que muito importa ao Direito, visto que este necessita legitimar o que formalmente torna legal. O valor contido no Direito promove, assim, a legitimação da norma jurídica.

Quadra memorar que Reale, na mesma esteira de Ivo Dantas, ao tratar do moralismo jurídico e da natureza da norma jurídica, prega que se o Direito obriga, enlaçando-se de maneira soberana à vontade dos obrigados, “é porque possui um título de legitimidade, uma *objetividade* que resulta da força de seus comandos, haurida em princípios superiores às contingências de lugar e de tempo e capaz de conquistar a adesão das consciências” (grifo do autor)²⁰⁶.

A preleção de Ivo Dantas quanto ao valor emprestar legitimidade à norma jurídica converge com o escólio de Reale quando prega que a validade material do Direito pode ser extraída de seu fito (o valor está no propósito, pois ele deve ser a consecução do Direito), no qual se constata também a sua legitimidade (valor).

Os valores são expressos em princípios jurídicos para que eles tenham juridicidade com legitimidade, pois os valores isolados dos princípios jurídicos só têm eficácia sociológica. Os princípios garantem aos valores a juridicidade, mas com estes não se confundem.

Em suma, o sistema jurídico é composto de regras e princípios. Os valores²⁰⁷ não se confundem com os princípios, mas estão contidos neles, embora não lhe

²⁰⁵ Barroso, tratando do pós-positivismo (aceitação do caráter normativo dos princípios jurídicos) indigita três papéis dos princípios: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”, concluindo, quanto à ascensão científica e política do Direito Constitucional brasileiro, que: “À supremacia até então meramente formal agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 327 e 339-340.

²⁰⁶ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 482.

²⁰⁷ Barroso leciona que o século atual “se inicia na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípio e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva”. Neste aspecto, Barroso se coaduna à teoria tridimensional de Reale quando este prega que o Direito é a normatização de fatos para a consecução de valores. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 332.

sejam preexistentes (valores sociais) e não gozem de normatividade. As regras e os princípios são normas, estando, ambos, dispostos hierárquica ou horizontalmente, segundo a escala de suas fontes, constitucional ou infraconstitucional. As regras, quando colidentes, são excludentes, retirando do ordenamento jurídico aquelas que lhe forem contrapostas, quer pela revogação, quer pela não-recepção ou inconstitucionalidade, conforme o caso. Os princípios, quando concorrentes, são ponderados, elegendo-se um como solução do caso concreto controvertido, sem que haja exclusão dos demais (nem mesmo preterição), pois devem estar sempre em equilíbrio e harmonia, garantindo que o Direito seja edificado com o propósito sobranceiro de tornar viva a promoção da justiça material, na consecução dos valores definidos como supremos no preâmbulo da Constituição Federal, além de outros.

2.4 Princípios dos juizados especiais criminais

Os juizados especiais criminais são regidos, precipuamente, pelos princípios expressos no art. 62 da Lei 9.099/1997, indevidamente rotulados pelo legislador de critérios orientadores, sendo eles: os princípios da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade.

O art. 2.º do mesmo Diploma²⁰⁸, além de consignar os quatro princípios repetidos no art. 62 também faz menção ao princípio da simplicidade, que, por sua vez, é inferido do art. 77, § 2.º, por meio de interpretação *a contrario sensu*, pois quando as causas de maior complexidade são afastadas da competência dos juizados se está aplicando o princípio da simplicidade.

Entre os princípios ditados pela Lei 9.099/1995, dois deles são também expressos no art. 98, inc. I, da CF/1988, ao se referir ao “procedimento oral e sumariíssimo”, sendo, portanto, princípios constitucionais dos juizados: o da oralidade e o da celeridade.

²⁰⁸ 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.

Ao menos de forma implícita, o princípio da economia processual também pode ser constatado no texto constitucional, pois o procedimento sumariíssimo, a ele, concerne, laborando, *pari passu*, com o princípio da celeridade.

Maurício Lopes²⁰⁹ afirma, acertadamente, que se os princípios expressos no art. 2.º dizem respeito ao capítulo I das disposições gerais da Lei 9.099/1995, valendo, indistintamente, para os juizados cíveis e criminais, era despidendo repeti-los no art. 62, não sendo de boa técnica essa reiteração, mormente porque ao proceder-lhe, o legislador excluiu o princípio da simplicidade do art. 62, propiciando uma situação lacunosa a ponto de se indagar se ele seria ou não aplicável aos JECs.

As normas processuais, próprias do CPP, só poderão ser aplicadas subsidiariamente aos processos de competência dos juizados (art. 92 da Lei 9.099/1995), se compatíveis com os princípios expressos nos artigos 2.º e 62.

2.4.1 Princípios expressos na Lei 9.099/1995

Os artigos 2.º e 62 explicitam cinco princípios dos JECCs (princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), que recebem muitas antonomásias na doutrina: princípios disciplinadores²¹⁰, princípios informativos²¹¹, critérios orientativos,²¹² critérios orientadores²¹³, princípios orientadores²¹⁴, princípios que a lei chama de critérios²¹⁵, princípios processuais dos juizados^{216,217}, princípios norteadores²¹⁸.

²⁰⁹ FIGUEIREDO JUNIOR, Joel Dias. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: Lei 9.099, de 26/09/1995. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. p. 298.

²¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

²¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 27.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

²¹³ LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados especiais criminais: nas formas das Leis 10.259/01, 10.455/02 e 10.741/03*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 46.

²¹⁴ BATISTA, Weber Martins. FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 285.

²¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76.

²¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais – comentários, jurisprudência e legislação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 38.

²¹⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Juizados especiais criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

Neste trabalho, os princípios em apreço foram nominados de princípios expressos, por terem sido explicitados nos dispositivos nuper-citados, sendo, ainda, dois deles, o da oralidade e o da celeridade, tratados também como princípios constitucionais dos juizados no art. 98, inc. I, da CF/1988, ao determinar que o procedimento a ser adotado nesses órgãos judicantes fosse oral e sumariíssimo.

A Lei 9.099/1995, tecnicamente, claudicou ao empregar a terminologia “critérios orientadores” (artigos 2.º, 62, 65, *caput*), deixando de chancelá-los como autênticos princípios jurídicos, haja vista a normatividade a eles intrínseca.

Os princípios, em verdade, não são critérios, mas “servem de critério” orientativo-normatizador ao legislador, ao hermeneuta, ao aplicador da norma, ao jurista. Não se deve confundir o *ser* com sua aplicabilidade prática. Na esteira dessa errônea, incidiu parte da doutrina, consoante se delatou acima.

Humberto Ávila doutrina que “os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos”, ou seja, são mandamentos integrantes do ordenamento jurídico, “com isso, ultrapassa-se tanto a mera exaltação de valores sem a instituição de comportamentos quanto a automática aplicação das regras”.²¹⁹

Aproveitando a definição de Robert Alexy, embora com um olhar próprio, Humberto Ávila esclarece que os princípios, como “deveres de otimização”, são:

[...] aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.²²⁰

Princípio é a sede do ordenamento jurídico, é seu mandamento central²²¹, cuja norma, como a luz solar batendo em um prisma, irradia-se colorindo e avivando todo o seu sistema, agindo como seiva, nutre o labor de todos aqueles que lidam para a construção do Direito. Neste particular, o princípio serve de critério

²¹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais* – comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 13.

²¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e da aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17.

²²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²²¹ O reconhecimento de que o princípio constitui mandamento nuclear do sistema motivou Celso Antonio Bandeira de Mello a advertir que a violação de um princípio é mais grave que a violação de uma regra, pois quando uma regra é infringida apenas uma norma é desobedecida, mas quando um princípio não é atendido, todo o ordenamento jurídico sofre as conseqüências da desarmonia sistêmica, que, em vez de ter sido otimizado, involui. Cf. *in* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1988. p. 230.

para a interpretação e otimização do sistema jurídico e, conseqüentemente, para a aplicação do Direito justo.

Por isso, princípio não pode ser confundido como simples critério orientador, pois o critério é mera conseqüência da imperatividade principiológica, ou seja, como o princípio tem poder normativo, então, o critério a ser adotado é o de obediência ao princípio que concorrer, no caso concreto, com maior relevância para a otimização do sistema e justa decisão do caso concreto, adotando-se como critério o sopeso ou ponderação deste com o(s) princípio(s) concorrente(s), colimando-se eleger o princípio que mais concretize, política e moralmente, a Constituição, o que vem a ser também outro critério de aplicação do Direito.

Outro exemplo clarificativo quanto à distinção entre princípio e critério está na observância do princípio da informalidade, próprio dos JECCs, e do princípio da formalidade atinente aos atos processuais da competência do juízo comum. A aplicação do princípio da informalidade nos JECCs tem por critério dosá-lo, amenizando ou diluindo seus possíveis excessos, com uma prudente porciúncula de formalidade, critério esse a ser adotado em sentido contrário quanto ao princípio da formalidade, que deverá ser aplicado com uma certa pitada de informalidade, por ser o fim mais importante que o meio, embora este também deva ser respeitado, é claro, com certo critério.

Equiparar, semanticamente, critério a princípio é, retirar ou, no mínimo, debilitar o condão normativo deste. O critério consiste na adoção do princípio como norma orientadora, que garanta a racionalidade, o equilíbrio e a harmonia do sistema jurídico, não podendo, por essa razão, constituir a própria orientação principiológica.

Nota-se que o art. 2.º da Lei 9.099/1995 arrola todos os princípios expressos como “disposição geral” (Título I), tanto para os juizados cíveis quanto para os criminais. Essa é uma peculiaridade dos juizados cíveis e criminais, pois alguns princípios processuais, mesmo gerais, aplicam-se com exclusividade ao processo civil, e outros, ao penal.²²²

²²² Por exemplo, o princípio da oficialidade é próprio, como norma geral, da ação penal pública, mas não da ação penal privada, tampouco das ações cíveis, salvo casos específicos como o da ação civil pública; o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é norma geral no processo penal, mas não, no processo civil, assim também os princípios da indisponibilidade da ação penal e o da *indesistibilidade* recursal. Há, ainda, o princípio da verdade formal pertinente ao processo civil, enquanto, no penal, o princípio da verdade material, entre outros. Embora não tenha relevância para o tema deste trabalho, convém esclarecer, sem a tenção da percuciência e sem tomar partido, que,

De outra parte, existem outros princípios processuais que são aplicáveis tanto ao processo penal quanto ao processo civil, como o da imparcialidade do juiz, do contraditório, da livre convicção, da fungibilidade recursal, da instrumentalidade das formas, da identidade física do juiz ao processo (quanto ao processo penal, este princípio incide apenas em sede dos juizados em razão dos princípios expressos da oralidade e do rito sumariíssimo) entre outros.

Nessa esteira, tangem exatamente os mesmos princípios expressos tanto aos juizados cíveis quanto criminais (princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade), *i.e.*, a todos os juizados cíveis e criminais concernem os princípios expressos nas disposições gerais do art. 2.º, repetidos nos dispositivos próprios dos juizados especiais cíveis (arts. 13, *caput* e 25) e nos dispositivos pertinentes aos JECs (arts. 62 e 65, *caput*).

24.1.1 Princípio da oralidade

O § 3.º do art. 65 da Lei 9.099/1995 reza que “Serão objeto de registro escrito exclusivamente os atos havidos por essenciais” (ou relevantes, no dizer do

atualmente, há uma grande discussão doutrinária a respeito dos institutos processuais da verdade formal e da verdade real (ou material). Semântica e filosoficamente, a verdade é uma só, constituída pela retratação de dada realidade o mais objetivamente possível, sendo tautologia a expressão verdade material, visto que a verdade é simplesmente verdade, enquanto a expressão verdade formal carrega uma contradição conceitual, pois admite como verdade o que está nos autos de forma não contestada ou, se contestada, sem que contraprovas mais convincentes tenham sido apresentadas, mesmo que o que se tome como verdade formal seja uma inverdade, daí esta ser também denominada de verdade processual, por visar não a retratação da verdade propriamente dita, mas uma certeza jurídica para quem julga, ainda assim também relativa, pois, filosoficamente, para os céticos, a certeza é o princípio da dúvida. Parte da doutrina, a exemplo de Aury Lopes Jr., propugna que a verdade formal ou processual devesse nortear o processo penal, por alguns motivos: a) a verdade real jamais pode ser alcançada pelo homem, pois ela pertence ao todo e este é demais para os homens, dada a idiossincrásica limitação e incompletude humana, somada ao fato de que o crime é um fato histórico, portanto, passado, assim a reconstituição de um fato histórico (crime), trazido do passado com estribo, quase exclusivamente, na memória humana, é sempre minimalista e imperfeita; b) a verdade real busca retratar o passado com a memória lacunosa e por vezes desleal do homem, fazendo com que essa lacuna seja preenchida, muita vez inconscientemente, por seus pré-juízos; d) em nome da verdade real (nascida no sistema inquisitório) e do “interesse público”, muita arbitrariedade e até tortura foi praticada, em razão da insuficiência dos meios técnicos e da práxis policial, buscando a produção da verdade a qualquer custo, ainda que antigarantista, na trilha do lema de que os fins justificam os meios; e) a verdade processual não pretende ser a verdade, mas, no máximo, uma certeza jurídica igualmente relativa, todavia, ao menos com essa diretriz procura-se respeitar os direitos fundamentais do réu. Cf. *in* LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos e instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 261-267.

art. 81, § 2.º). “Os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente”.

O dispositivo em lume não esclarece o que é e o que não é ato essencial, impondo, assim, como corolário do princípio expresso da oralidade (art. 62 da Lei 9.099/1995), o princípio da identidade física do juiz ao processo (art. 132 do CPC)²²³, conquanto na seara processual penal este princípio não encontre assento além dos JECs.

Wambier, Almeida e Talamini²²⁴, ao discorrem sobre o princípio da oralidade, por eles classificado como princípio fundamental do processo civil, esclarecem que a ele se somam três outros princípios, rotulados de subprincípios, aqui abordados como princípios implícitos, porque não declarados expressamente pela Lei 9.099/1995, dispostos no seguinte subgrupo: a) princípio da identidade física do juiz, b) princípio da imediatidade e c) princípio da concentração da causa.

Giuseppe Chiovenda²²⁵ pontifica que o princípio da oralidade consiste em um agrupamento de cinco outros princípios: a) prevalência da palavra falada sobre a escrita; b) imediatidade entre o juiz e as pessoas, cujas declarações devam ser submetidas à valoração; c) identidade física do juiz ao processo, impondo que somente o magistrado que instruir a causa, poderá julgá-la; d) concentração da instrução processual em uma única audiência, colimando manter avivadas as provas colacionadas oralmente; e) irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a suspensão do curso da causa e o rompimento dos princípios da imediatidade e da concentração.

O princípio da prevalência da palavra falada sobre a escrita é constatado não apenas na menção explícita do princípio da oralidade (art. 62), como nos vários dispositivos da Lei 9.099/1995 (v.g., artigos 65, 69, 72 *usque* 77, entre outros) desde a audiência preliminar até a audiência de instrução e julgamento.²²⁶

²²³ O art. 132 do CPC reza que “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide [...]”. Esse dispositivo aplica-se por analogia aos JECs, por força do que dispõe o artigo 92 da Lei 9.099/1995, remetendo o intérprete às normas de Direito Processual Penal e, por sua vez, o art. 3.º do CPP, às normas do Direito Processual Civil.

²²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 7.ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005.

²²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. bras. Campinas: Bookseller, 1998, t. III, pp. 75-76.

²²⁶ Na prática, essa prevalência da palavra oral sobre a escrita, nos JECs de Belém, não vem sendo observada, quer pelo apego dos magistrados ao rito formal com o qual se acostumaram no juízo comum, quer pelo fundado receio de se propiciar alguma nulidade por cerceamento do princípio constitucional da ampla defesa ou, até mesmo, do direito-dever de acusar tocante aos órgãos de execução do Ministério Público.

A inobservância desse princípio com a *ordinarização* do rito dos juizados, por si só, não causa nulidade consoante vem decidindo o STF²²⁷. Primeiro, porque não gera prejuízo às partes; segundo, porque garante maior respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, evitando excessos propiciados pela informalidade dos JECs.

É curial, entretanto, que o princípio da oralidade, como norma impositiva a ser considerada, mormente no aspecto fático (direito é também fato, além de valor e norma), consoante ponderação de Humberto Ávila²²⁸ acerca do caráter normativo e fático dos princípios em geral, não seja olvidado ou tratado com descaso, pois, do contrário, impelirá os JECs ao fracasso do processo penal outrora já vivenciado na amplitude processual anterior ao império da Lei 9.099/1995, em que o apego extremado à burocracia processual e a serôdia na conclusão da instrução e prolação da sentença, quase sempre, desembocavam na prescrição da pretensão punitiva estatal, quer no aspecto *in abstracto*, quer, no retroativo e intercorrente.

A irrecorribilidade das decisões interlocutórias²²⁹ – assim propugna Chiovenda²³⁰ como corolário do princípio da oralidade – evitaria a suspensão do curso da causa e o rompimento com os princípios da imediatidade e da concentração.

O interregno aberto, na prática adotada nos JECs de Belém, entre a instrução processual e a prolação da sentença acaba permitindo às partes a interposição de recursos como a correição parcial e o recurso em sentido estrito ou, até mesmo, a impetração de *habeas corpus* e de mandado de segurança.²³¹

²²⁷ Cf. HC 85271-MS, DJU de 1º/7/2005; HC 88650-SP, de 16/5/2006.

²²⁸ “Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.” Cf. *in* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e da aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p.29. Grifou-se o termo acima para se consignar que neste trabalho, o entendimento defendido é o de que os princípios não colidem ou se contrapõem, mas que eles, tão-somente, concorrem uns com os outros, prevalecendo, no caso concreto (daí a importância de sua incidência fática), aquele que mais justiça e concretude das normas constitucionais propiciar. A materialização da Constituição, elegendo-se o melhor princípio, embora muita vez não deixe nítido, culmina por concretizar até o princípio, *a priori*, preterido no critério de ponderação, não se reconhecendo, em nenhuma situação, a sua exclusão.

²²⁹ Na prática, esse “princípio” (que não tem natureza de princípio propriamente dito, sendo mais uma consequência do princípio da oralidade) também não vem sendo adotado pelos juizados especiais de Belém, pois, amiúde, a instrução é formalizada à maneira do rito ordinário, reduzindo-se a termo, sem resumo, todos os atos produzidos oralmente, não se prolatando a sentença logo após a instrução processual, sob o argumento do avançado da hora e por conta das audiências subsequentes pesando na longa pauta dos juizados.

²³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

²³¹ O mandado de segurança, lembra Fernando da Costa Tourinho Filho com plinto nos acórdãos constantes da RT, 150:524, 481:299, pode ser impetrado nos casos de indeferimento do pedido de assistência pelo advogado da vítima nas ações penais públicas, porém, citado autor adverte que,

A inobservância do “princípio” da irrecurribilidade das decisões interlocutórias não causa nulidade por falta de prejuízo às partes (art. 65, § 1.º). Observa-se, sim, ao revés, atenção ao princípio constitucional da recorribilidade das decisões (art. 5.º, incisos XXXV e LV, da CF/1988).

De outra parte, não se pode desconsiderar que referidos recursos e ações (mandados de segurança), ao serem propiciados pelo interstício criado entre a instrução e a prolação da sentença, por vezes, resvalam a pretensão punitiva estatal na prescrição, acirrando o quadro de impunidade e insegurança que os juizados também tiveram por escopo minimizar.

Insta esclarecer que o “princípio” da irrecurribilidade ditado por Chiovenda, na verdade, não é bem um princípio nem mesmo um subprincípio, mas uma simples conseqüência da audiência de instrução e julgamento tal qual prevista na Lei 9.099/1995, pois se logo após a instrução, segue-se a sentença (daí a audiência ser denominada de instrução e julgamento), não haveria oportunidade (princípio da oportunidade) para a interposição de recursos contra decisões interlocutórias tomadas no curso da audiência de instrução, podendo, em qualquer caso, a matéria em testilha ser argüida em apelação escrita, segundo estribo no art. 82,²³² sem nenhum prejuízo à ampla defesa.

Em suma, a oralidade é manifestada com maior amplitude nos JECs, consoante se observa, por exemplo, nos seguintes casos:

a) O TCO é um relatório informal das provas produzidas oralmente na presença da autoridade policial, sem que nenhum depoimento, quer dos envolvidos, quer das testemunhas e da vítima, seja reduzido a termo (art. 69, *caput*), enquanto que o inquérito policial substituído pelo TCO, exige a redução a termo de todas as provas produzidas oralmente (art. 10 do CPP);

b) Apenas os atos essenciais serão registrados, podendo, ainda, ser gravados em fita magnética ou equivalente (art. 65, § 3.º);

nesse caso, há corrente minoritária entendendo tratar-se de correção parcial ou de reclamação (RT, 505:292). Cf. *Prática de processo penal*. 27.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

²³² Artigo 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. § 1.º 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. § 2.º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias. § 3.º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei. § 4.º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa. § 5.º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

c) A audiência preliminar é predominantemente oral (artigos 65, § 3.º, 72, 73, 76); não havendo composição de danos, a vítima produzirá, sendo o caso, representação verbal (art. 75, *caput*), e, o órgão acusador, impossibilitada a transação “penal” por qualquer motivo (cuja proposta ou recusa fundamentada também é oral), havendo elementos para o oferecimento da ação penal e sua conveniência, promovê-la-á oralmente (art. 77, *caput* e § 3.º);

d) A defesa prefacial, em audiência de instrução e julgamento, é oral (art. 81, *caput*), assim como quase todas as provas, excetuando-se, uma ou outra, como a da materialidade delituosa e documentos juntados pelas partes (art. 400 do CPP), além de os debates e a sentença serem produzidos oralmente nessa audiência, sendo reduzido a termo somente “breve resumo dos fatos relevantes” (art. 81, § 3.º).

24.1.2 Princípio da simplicidade

O princípio da simplicidade permite a agilização da máquina judiciária no sentido da pronta prestação jurisdicional, quer com a solução conciliatória dos conflitos penais entre os envolvidos, quer com a prestação jurisdicional absolvendo ou condenando o acusado.

A simplificação das formas de comunicação processual, como a citação e a intimação, nos termos dos artigos 66²³³ e 67²³⁴, dispensado, quando possível, a expedição de mandados e a proibição de comunicação por edital são consonantes com o princípio da simplicidade, que também pode ser constatado na substituição do inquérito policial pelo TCO e, *a fortiori*, a realização de uma audiência preliminar, sem a existência de processo penal instaurado nem mesmo de ação penal proposta, justamente para evitá-los na medida em que alguma (re)conciliação seja efetivada.

O princípio da simplicidade foi explicitado apenas nas disposições gerais da Lei 9.099/1995 (válido tanto para os juizados cíveis quanto criminais), mas não foi

²³³ Artigo. 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.

²³⁴ “Artigo 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.”

reproduzido no elenco principiológico do art. 62, pertinente aos JECs, o que suscitou o questionamento quanto à sua (in)aplicabilidade nos JECs.

Tourinho Filho²³⁵ esclarece o porquê de o art. 2.º ter sido praticamente repetido no art. 62 quanto aos princípios expressos e informadores dos JECs, lembrando que a Lei 9.099/1995 resultou, basicamente, da aglutinação de dois projetos visando à regulamentação do art. 98, inc. I, da CF/1988, um de autoria do então Deputado, Néelson Jobim, relativamente aos juizados especiais cíveis, outro de produção do Deputado Michel Temer, concernente aos juizados especiais criminais. Os princípios informadores dos juizados estavam mencionados, tal e qual, em ambos os projetos.

O Relator, Deputado Ibrahim Abi-Ackel, coarctou-se a reunir esses dois projetos em um substitutivo resultante da Lei 9.099/1995, omitindo do art. 62, apesar de também constar do projeto de Néelson Jobim, apenas o princípio da simplicidade, embora esse princípio tenha sido explicitado como “critério” geral dos JECCs no art. 2.º e esteja implícito no art. 77, § 2.º

Maurício Lopes²³⁶ entende que o princípio da simplicidade não é critério nem princípio dos JECs. Primeiro, porque não foi reiterado no art. 62, embora esteja consignado nas disposições gerais do art. 2.º que abrangem tanto os juizados especiais cíveis quanto os criminais; segundo, porque em relação aos juizados cíveis, desenvolve-se o conceito de causas de menor complexidade (art. 3.º), enquanto que nos JECs, ergue-se o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61); terceiro, porque “no processo penal as fórmulas, muitas vezes, têm implicação direta na tutela de algum interesse da defesa [...], nem todas as formalidades podem deixar de ser rigidamente seguidas”.

Discordando de Maurício Lopes, convém mencionar o seguinte:

a) Não há razoabilidade²³⁷ nessa orientação, pois o princípio da simplicidade consta das disposições gerais, alcançando todos os juizados indistintamente;

²³⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

²³⁶ FIGUEIREDO JUNIOR, Joel Dias. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais* : Lei 9.099, de 26/09/1995. São Paulo: RT, 1995. p. 298.

²³⁷ Embora Humberto Ávila trabalhe com a idéia de postulados, e não de princípios, sua concepção convém: “*Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade* – O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. É um meio proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre

b) O princípio em tela é cônsono com o art. 77, § 2.º.²³⁸ Este, seguindo a norma de otimização daquele, que lhe impõe a promoção de atos e causas simples nos JECs (sem complexidade), determinando que se as circunstâncias do caso forem fator de complicação à propositura da denúncia ou se a respectiva complexidade criar semelhante dificuldade, o *Parquet* poderá requestar ao juiz o encaminhamento dos autos ao juízo comum (art. 77, § 2.º), a fim de que lá se dê, definitivamente, a prossecução do caso em seus ulteriores de direito. Isso, contudo, não afastará, no juízo comum, o direito público subjetivo do suposto autor do fato à composição de danos e à transação “penal”, bem como o direito ao benefício do *sursis* processual.

A respeito do princípio da simplicidade, Gomes pondera que:

A simplicidade busca a realização de um processo descomplicado, em que a finalidade do ato seja alcançada da forma mais singela possível. Evita-se a formação de autos volumosos, que devem conter, na medida do possível, apenas o estritamente necessário para que a prestação jurisdicional se realize de forma eficaz. Daí a própria lei determinar a remessa das peças

o meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandado um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. [...] Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade que não leva a medida, mas é critério intrínseco a ela. A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante a exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessa hipótese exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim. Embora não seja essa opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída nos exames da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados. [...] 4.10. O postulado da razoabilidade aplica-se, como diretriz que exige, a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequando a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. Cf. *Teoria dos princípios: da definição e da aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 109-101 e p. 131.

²³⁸ Artigo 77. § 2.º. 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.

existentes ao juízo comum, sempre que a complexidade da causa impedir a promoção da ação penal nos próprios Juizados Especiais (art. 77, § 2.º, da Lei 9.099/1995).²³⁹

O princípio da simplicidade não poderá, contudo, prejudicar direitos fundamentais dos envolvidos, máxime do suposto autor do fato ou do réu em razão de sua hipossuficiência tanto na fase preliminar quanto na fase processual. Por exemplo, se a intimação do acusado for por meio epistolar, a correspondência intimatória lhe deverá ser entregue direta e pessoalmente, não se convalidando nem mesmo quando recebida por parentes próximos com os quais o destinatário coabita, pois do contrário haveria flagrante ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

O que deve ser simples para facilitar a instrução não pode complicar a vida do suposto autor do fato nem do réu, muito menos obstaculizar seu direito constitucional à defesa, que deve ser amplo.

24.1.3 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade atende ao item 2.5 das Regras de Tóquio²⁴⁰, sendo constatado tanto na confecção do TCO (art. 69) quanto nas audiências preliminar (artigos 72 *usque* 77) e de instrução e julgamento (art. 81), demonstrando a preocupação do constituinte e do legislador ordinário em desburocratizar o processo penal, tornando-o informal.

É constatado, ainda, no § 1.º do art. 77, ao permitir seja a denúncia ofertada oralmente, dispensando o inquérito policial e prescindindo do exame de corpo de delito (art. 159 do CPP e Súmula 361 do STF), desde que substituído por boletim médico ou prova equivalente, bem como na sentença ao dispensar o relatório (art. 81, § 3.º) e, em grau de apelação, quando o édito de 1.º grau resultar confirmado

²³⁹ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

²⁴⁰ O item 2.5. das Regras de Tóquio, ao dispor sobre os princípios gerais no campo de aplicação das medidas não privativas de liberdade, proclama que: "Procurar-se-á, no respeito das garantias jurídicas e das regras de direito, tratar o caso dos delinqüentes no quadro da comunidade evitando o recurso a um processo formal ou aos tribunais". O inteiro teor das "Regras de Tóquio" encontra-se disponível no site <www.jep.org.br/downloads/JEP/SistemaGlobal/regras_toquio.htm>, sob o título *Prevenção do crime e justiça penal*, acessado em 29 de fevereiro de 2008.

pelos próprios fundamentos, caso em que a súmula do julgamento servirá de acórdão, permitindo, assim, maior celeridade na solução ou decisão do conflito penal²⁴¹, pelo divórcio com o formalismo mais presente e próprio do procedimento comum relativo aos crimes da competência do juízo singular (artigos 498 *et seqq.*).

O TCO substitui o inquérito policial (§ 1.º do art. 77), sendo uma versão informal deste. Consiste em um relatório policial, denominado pelo art. 69, *caput*, de termo circunstanciado, no qual a autoridade judiciária, sem reduzir a termo as declarações de ninguém, deve proceder a um resumo minucioso de todas as declarações e versões, encaminhando o TCO e os envolvidos ao JEC.

Demercian e Maluly²⁴² apontam a audiência preliminar como a manifestação mais clara de informalidade dos juizados, sob o argumento de que os envolvidos, no ato da tentativa de composição dos danos, e o promotor de justiça com o suposto autor do fato, no ato da proposta de transação “penal”, nas respectivas fases de punção, procedem-nas sem nenhuma regra estabelecidas, portanto, concluem eles, que essas personagens agem na mais completa informalidade, na qual, ingressa informalmente – assim dizem – o próprio juiz como intermediador.

Conquanto referidos autores estejam certos acerca da informalidade da audiência preliminar, com eles não se concorda, ainda que nesse particular sejam festejados por Weber e Fux²⁴³, quanto à assertiva de que essa audiência seja, categoricamente, a manifestação de maior informalidade nos juizados, por, pelo menos, quatro razões:

a) As conciliações, quer de composição de danos, quer de transação “penal”, chegando a cabo, para serem homologadas, devem ser reduzidas inteiramente a termo (artigos 74, *caput*²⁴⁴ e 76, §§ 2.º e 3.º);

²⁴¹ Caso penal e conflito penal são expressões distintas, assim como litígio penal. O conflito penal pode preceder ao caso penal e ao litígio penal, podendo continuar até o encerramento destes. Por exemplo, se uma discussão acalorada, sem que tenha havido ofensa moral ou ameaça, faz nascer o desígnio de matar em, pelo menos, um dos desafetos, não se tem um caso penal até que o *iter criminis* seja levado ao início da execução, mas já nos estádios impuníveis da cogitação e da preparação, tem-se um conflito penal. Tentado o homicídio, surge o caso penal, ajuizada a ação, tem-se o litígio penal. Ambos, caso penal e litígio penal, embora não nasçam concomitantemente, pois aquele precede a este, encerram-se com o trânsito em julgado da sentença definitiva. Todavia, o conflito penal poderá ter continuação, pois o réu, condenado ou absolvido, ainda poderá estar cogitando e se preparando para um próximo ataque contra a mesma vítima.

²⁴² DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais*: comentários. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

²⁴³ BATISTA, Weber Martins. FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 286.

²⁴⁴ Artigo 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único.

b) Na audiência preliminar, são impostas algumas regras ritualísticas como as de proceder-se primeiro à proposta de composição dos danos, para somente após, então, passar-se, quando cabível, à proposta de transação “penal” (artigos 72, 75 e 76), ainda assim, a transação, em se tratando de ação penal pública condicionada, só poderá ser proposta se a representação penal da vítima vier a ser oferecida e reduzida a termo (art. 75, *in fine*)²⁴⁵, não podendo, nessa fase, o promotor intervir como proponente²⁴⁶ ou intermediador, salvo como *custos legis*;

c) O juiz togado, o conciliador ou o juiz leigo do juizado é quem preside a audiência e intermedeia as respectivas conciliações (artigos 72 e 73), evitando, assim, imbróglis e facilitando a(s) avença(s);

d) Nenhum ato é mais informal do que a permissibilidade legal de se eleger o que seja fato relevante na instrução processual para, desse fato, o juiz, em vez de reduzi-lo a termo no inteiro teor, só o fazer – prescreve pleonasticamente o legislador (§ 2.º do art. 81) – em um “breve resumo [sic]”, que equivale – não se pode chegar à outra conclusão em razão da superfluidade verbal legislativa – não apenas a um simples resumo, mas a uma prudente sinopse contendo as provas oralmente produzidas em audiência de instrução e julgamento. Isso, sim, equivale ao ápice da informalidade, mas, caso não seja dosado com seriedade e prudência, poderá resvalar em nulidade processual, pois a própria informalidade deve ser dosada com algum critério de formalidade mínima.

Os princípios da informalidade e da oralidade garantem os princípios da celeridade e da economia processual. Esse fato impulsionou o legislador a autorizar que, “de todo o ocorrido” em audiência de instrução e julgamento, ou seja, declarações da vítima e dos peritos, inquirições dos testigos, interrogatório do réu, alegações finais das partes, seja “lavrado termo [...] contendo breve resumo [sic] dos fatos relevantes” (art. 81, § 2.º).

Exige-se muita prudência ao se eleger o que é fato relevante, pois o que não for havido como relevante deixará de ser registrado nos autos, não constando, por

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.

²⁴⁵ Artigo 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.

²⁴⁶ O promotor de justiça deverá atuar como proponente da composição de danos em caso de crime ambiental, por se tratar de crime vago, perpetrado contra a coletividade em geral, sendo a reparação do dano ambiental requisito da transação “penal” nos termos da Lei 9.605/1998, artigo 27.

consequente, no respectivo mundo jurídico-processual, mesmo sendo verdadeiro. Isso poderá prejudicar a produção de provas, os direitos processuais das partes e, o que é mais grave, os direitos fundamentais do imputado.

Essa informalidade tem o condão de servir de empuxo à celeridade e à economia processual. Todavia, a falta de formalização de determinados fatos e relatos havidos em audiência de instrução e julgamento poderá servir de fundamento tanto para a impetração de *habeas corpus* quanto para porvindouras apelações e até correições parciais, neste último caso, se a sentença não for prolatada logo em seguida à instrução, sob, em qualquer das peças acima, o poderoso argumento de cerceamento da ampla defesa ou mesmo do direito-dever de acusação, servindo de escolho aos princípios da celeridade e da economia processual, uma vez que os atos deverão ser refeitos.

As formas processuais garantem a certeza de certos fatos e evitam a confusão na formação da convicção jurídica do promotor e do juiz da causa, bem como a insegurança quanto às provas produzidas e a verdade material. Por isso, ao se laborar com a informalidade, deve-se preservar um mínimo de formalidade, estabelecendo-se a necessária dosagem de formalidade na informalidade própria dos JECs.

É preciso saber dosar, com uma formalidade necessária e adequada, a informalidade dos atos produzidos nos juizados, sem suprimir a informalidade pretendida, pois o excesso de burocracia processual, marcado por um inflexível e hipertrofiado formalismo, estorva os princípios expressos e informadores da celeridade e da economia processual, extrapolando os fins das formas, qual seja, o de garantir maior segurança e certeza por meio da melhor reprodução possível e razoável dos atos havidos no curso processual.

Entretanto, a superdosagem da informalidade apresenta-se muito mais nociva do que a manutenção da formalidade nos JECs, por lesar, de forma mais pungente, direitos fundamentais das partes.

Mesmo antes da Lei dos Juizados, já se procurava evitar o rigor do formalismo exacerbado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência há muito se manifestavam com profusão, favônias, v.g., ao princípio da instrumentalidade das formas²⁴⁷, que, aliás, pode ser extraído do art. 563 do CPP²⁴⁸, bem como verificado

²⁴⁷ É corolário desse princípio, o princípio da fungibilidade recursal, permitindo que um recurso interposto inadequadamente por uma das partes, seja recebido como se fosse o recurso consentâneo, desde que não se identifique má-fé processual e que o recurso inadequado seja

no art. 65, § 1.º, da Lei 9.099/1995, garantindo validade aos atos processuais, que mesmo desviados da formalidade legal, tenham produzido o resultado desejado, sem nenhum prejuízo manifesto a qualquer das partes.

José Frederico Marques, um autor clássico dos Direitos Penal e Processual Penal, já em sua época, mesmo reconhecendo que a forma dos atos processuais “faz a realidade normativa incidir sobre o ato”, quanto às “condições de tempo, lugar e modo de expressão que a lei exige para a sua configuração”, dando aos atos processuais “modelo e padrão descritos antecipadamente”, pondera que o “excesso de um culto fetichista das formas processuais”, ou seja, do formalismo exacerbado, pode ser nocivo à função teleológica do respectivo ato e do próprio processo – por que não se dizer do próprio Direito que se busca concretizar?! –, que se serve da forma para garantir segurança e certeza dos atos processuais produzidos, no único desiderato de se promover uma justa e reta prestação jurisdicional, sendo, a formalidade dos atos, um meio, e não um fim, assim como o próprio processo possui seu caráter instrumental, servindo de meio, e não de fim.

Conclui, o autor *ut supra*, que “conforme a natureza do ato, devem as formalidades ceder passo ao sentido teleológico da exigência legal, para que se não sacrifique a realidade palpável e visível a um formalismo estéril e contraproducente”.²⁴⁹

Constata-se, na prática policial em Belém, flagrante incúria na confecção dos TCOs, cuja feitura vem se procedendo de forma a empecer a formação da convicção jurídica do promotor de justiça e do juiz, deixando aquele, bastas vezes, sem condição de oferecer denúncia, bem como a proposta de transação “penal” por lhe faltarem elementos suficientes para a promoção desses atos, quer pelo não arrolamento negligente de testigos, quer pelo excessivo laconismo com que os TCOs são redigidos.

interposto dentro do prazo do recurso correto, pois embora a forma não tenha sido verificada, a vontade da parte manifestada de boa-fé e tempestivamente, deve alcançar, por justiça, a sua finalidade, sem nenhum prejuízo a direito processual da parte contrária, laborando-se, assim, com o critério de uma certa dose de informalidade na própria formalidade, diluindo-se, assim, os possíveis excessos destas, considerando que o processo é instrumental, é meio e não fim do Direito.

²⁴⁸ “Artigo 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação e para a defesa.”

²⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Atualizada por Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2. p. 98.

Não é raro encontrar TCOs com o histórico (relato dos fatos) limitado a apenas uma ou duas míseras linhas²⁵⁰. Há casos em que são verificados o registro tão-somente do *nomen iuris* do possível crime, sem nenhum relato fático esclarecendo elementos e circunstâncias reais do caso²⁵¹.

É comum, por exemplo, na ocorrência de crime de desacato, a autoridade judiciária se adstringir ao registro, em uma única linha, de que o suposto autor do fato desacatou dado policial em uma diligência de rotina. Amiúde, também, são constatados TCOs consignando somente que o suposto agente da infração ameaçou a vítima, sem esclarecer qual o teor da alegada ameaça e circunstâncias outras relativas ao caso.

A informalidade não autoriza a não-seriedade do trabalho policial nem o desleixo com a confecção dos TCOs. Quando o art. 69 impõe à autoridade policial que lavre termo circunstanciado, está a determinar-lhe que minudencie e esquadrinhe todos os elementos e circunstâncias do caso em um relatório, identificando os envolvidos e testemunhas, bem como relatando os respectivos pronunciamentos, pois circunstanciar, segundo o lexicólogo Aurélio Ferreira²⁵², é “pormenorizar e esmiuçar”.

Essa prática policial vitanda propicia ora o arquivamento de inúmeros TCOs, fazendo com que muitas infrações penais resvalém na impunidade e os conflitos daí resultantes se acirrem, além de um incremento inócuo na despesa estatal por se ter mobilizado, de balde, as máquinas policial, ministerial e judicial; ora o descrédito na justiça pública, constituindo, ainda, fator criminógeno pela impunidade que alimenta, como a ofensa à dignidade do ofendido, que além de ter sido vitimado pelo suposto autor do fato, passa a ser vítima do Estado, ao se submeter a inúmeras idas à polícia e ao Judiciário sem obter nenhum resultado satisfatório, a não ser a humilhação das delongadas esperas, a rudeza de tratamento, o descaso com sua dor e a desconsideração com sua esforçada, porém, inócua predisposição em buscar justiça para o caso penal em que se encontra enleado, entre outras indignidades.

²⁵⁰ Ver dados de TCOs que se encontram em anexo corroborando sobredita informação.

²⁵¹ É comum, v.g., a Polícia lavar TCOs por desacato, consignando tão-somente “o autor do fato desacatou o policial acima identificado”, apenas para justificar a arbitrariedade da condução e das algemas.

²⁵² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

24.1.4 Princípios da celeridade e economia processual

Foi com o art. 98, inc. I, da CF/1988, que se buscou, mais expressivamente, concretizar a celeridade no processo penal brasileiro, conquanto Beccaria já pregasse, por volta de 1764 ou 1765²⁵³, sobre sua necessidade:

Quando o delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bem curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, e se quiser que o mesmo seja um freio **útil** contra os celerados.²⁵⁴ (Grifou-se.)²⁵⁵

Conquanto esses princípios estejam sendo tratados no mesmo tópico, possuem uma sutil diferença, ainda que entre eles haja um inter-relacionamento maior que a imbricação deles com os demais princípios expressos na Lei dos JECCs.

O princípio da economia processual torna injuntiva a maximização de resultado com a minimização de atividade, o que se verifica no procedimento sumariíssimo, cujos atos são concentrados, todos, em uma só audiência, que é a de instrução e julgamento.

Entrementes, antes mesmo da instrução e da instauração do processo, o princípio da economia processual deverá ser atendido na audiência preliminar, buscando-se, “sempre que possível” (artigos 2.º e 62), e não apenas “na medida do possível”²⁵⁶, a conciliação para a composição do dano *ex delicto* e/ou, quando for o caso, também a transação “penal”.

Mencionadas conciliações podem resolver, em um só caso de jurisdição graciosa, *i.e.*, sem contencioso e sem sequer um processo instaurado nem mesmo uma ação proposta, o que somente poderia ser, antes da Lei 9.099/1995,

²⁵³ Por questões políticas a obra de Beccaria foi de divulgação clandestina, não se tendo uma data precisa de sua publicação.

²⁵⁴ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d. p. 54.

²⁵⁵ O gizamento do termo “útil” chapa a preocupação de Baccaria, que também integra a deste trabalho, quanto ao utilitarismo a ser dosado com a prudência da justiça material (Direito justo) em prol da segurança jurídica e do progresso social.

²⁵⁶ Tourinho Filho advoga que os acordos nos JECs sejam realizados “na medida do possível”. Entende-se, todavia, que essa expressão não é tão efetiva em sua conotação quanto a expressão empregada pela Lei 9.099/1995, em seus artigos 2.º e 62, *i.e.*, os acordos devem ser procedidos “sempre que possível”. Esta expressão é mais forte e precisa quanto às finalidades dos JECs, denotando que se pugne pelo “máximo possível” como solução conciliatória do conflito penal. Cf. *in* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

alcançado por meio de dois processos distintos, um no cível, outro no crime. Dessarte, obtêm-se, nos JECs, tanto a satisfação da reparação do dano em favor da vítima quanto a consecução do dever estatal, em favor da segurança e do progresso social, ao não se deixar passar *in albis* a apreciação pelo Judiciário, ainda que informal, de nenhuma infração penal de menor potencial ofensivo.

Não se trata aqui de satisfação da pretensão punitiva estatal, pois na transação “penal” não há infligção de pena, mas de satisfação da eficácia do Direito Penal nos aspectos segurança jurídica, progresso social e justiça material, quer por meio da reparação dos danos sofridos pela vítima, quer em relação à sociedade, na qual se avigora o sentimento de segurança ao se tutelar com maior eficiência os bens jurídicos em geral, evitando-se, com essa medida, a vingança privada e o descrédito no Poder Público, máxime, no Judiciário.

A conciliação preliminar sem processo penal preserva o respeito às normas estatais, servindo de fator de segurança e progresso social sem se descuidar da reeducação do infrator por meio de um procedimento não tanto penoso e constrangedor quanto o do processo penal e da submissão à sanção privativa de liberdade, despontando, assim, como medida de maior justiça e humanização do Direito Penal, atendendo ao princípio de mínima intervenção estatal em garantia dos direitos fundamentais de todos e, em especial, dos supostos delinqüentes.

O princípio da celeridade processual torna imperativa a rapidez tanto dos atos processuais considerados isoladamente quanto da prestação jurisdicional em si, o que se facilita com os princípios da oralidade, informalidade, imediatidade, concentração e simplicidade. Nesse particular, o legislador andou bem ao prescrever no art. 80 que “nenhum ato será adiado”. Assim, caso alguma testemunha não compareça, reza o mesmo dispositivo que o juiz determinará, “quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer”.

Na prática, essa celeridade é obstaculizada em razão da insuficiência de recursos materiais e humanos para o cumprimento de conduções instantâneas, bem como em decorrência da longa pauta dos JECs, impondo a administração do tempo com parcimoniosa acuidade em razão das demais audiências, cujas realizações concorrem para a mesma data, muita vez, sendo designadas em intervalos de dez a trinta minutos de uma para a outra²⁵⁷.

²⁵⁷ Dados percebidos, atuando-se, por mais de uma década, como promotor de justiça em alguns JECs, especialmente, no 3.º JEC da Capital e nos JECs de Muaná e Ananindeua.

A morosidade da Justiça é motivo de críticas constantes da população e dos veículos de comunicação em massa, a ponto de um processo representar a duração de quase todo o restante da vida de muitos jurisdicionados que vão às barras do Judiciário, o que cria um sentimento negativo acerca desse Poder no consenso social.

A celeridade, segundo proposta de Grinover *et alii*²⁵⁸ com espeque nos artigos 2.º, 62 e 64, da Lei 9.099/1995, por ser um princípio, impõe que os JECs funcionem no interregno das férias forenses.

Em parte, abstraída a desditosa ineficiência, despreparo e desmazelo de alguns magistrados, a morosidade judicial se deve a dois fatores primaciais: o excesso de formalidades e de recursos processuais e o minguado número de policiais, promotores de justiça e juízes para atender à demanda de um grande e crescente número de jurisdicionados.

Em 1997, Weber e Fux²⁵⁹ já advertiam que o número de jurisdicionados para cada juiz, em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, era nove vezes maior do que os existentes em alguns Estados da Europa, *v.g.*, a Alemanha. Essa diferença ainda era maior no Estado de Minas Gerais, segundo o autor.

A desproporção entre a colossal carga de trabalho e o parco número de juízes, somada ao formalismo processual anterior à Lei dos JECCs e a inúmeros recursos processuais, decerto, são fatores que propiciam a morosidade jurisdicional, a impunidade e a crescente criminalidade reinante no Brasil, o que acaba por instalar um clima de insegurança e descrédito no Judiciário.

O número de juízes continua reduzido em relação à grande e desproporcional quantidade de jurisdicionados. Todavia, o rigor formal e ritualístico até então verificado no vetusto CPP (Decreto-Lei 3.689/1941), contendo procedimentos extremamente arcaicos, caminhando para quase sete décadas de vigência, ao menos no tangente às infrações de menor potencial ofensivo, cujos prazos prescricionais são exíguos, foi arrefecido pela oralidade e informalidade dos JECs, permitindo, aos juízes, maior celeridade processual e a solução ou decisão de um número bem maior de casos com um risco menor de incidência prescricional.

²⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

²⁵⁹ BATISTA, Weber Martins. FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O Poder Constituinte anteviu os JECs (art 98, I) como forma de ampliação e de melhor distribuição do serviço judicial e da prestação jurisdicional, além de incremento da democratização da Justiça, ao permitir o acesso da vítima à Justiça Criminal, ao menos à fase proemial do processo penal, bem como à população mais carente, com o propósito de diminuir a criminalidade também acirrada, até então, pela crescente impunidade causada pelo número reduzido de investigações e processos penais por crimes de menor potencial ofensivo, em decorrência de os policiais, promotores e juízes terem a necessidade de priorizar a promoção, o processamento e o julgamento de processos penais envolvendo crimes mais graves, sob pena de não conseguirem concretizar a prestação jurisdicional nem mesmo nestes casos.

Isso gerava dois graves fatores criminógenos: a impunidade quase total dos delinqüentes, por infrações de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, a alimentação da respectiva corrupção moral dos ainda novéis meliantes, a ponto de se permitir, pela impunidade, que eles se alentassem à criminalidade, passando a perpetrar crimes mais graves, simplesmente porque o mal não fora debelado de imediato, quando deveria sê-lo ainda na semente.

A impunidade, quer pelo descaso, quer pela insuficiência das agências estatais volvidas a garantir e promover a segurança jurídica, alenta, ainda, um terceiro grupo, integrado por não-delinqüentes, mas detentores de uma vocação personalística para o crime, que vive em estado de latência, facilitando que esse pendor floresça no mundo real, desvencilhando-se de sua hibernação espiritual.

A punição imediata, após o devido processo legal, ou a solução mediadora do conflito penal, em fase preliminar ao processo quase que instantaneamente à remessa do caso ao Judiciário, são fatores minimizantes da criminalidade.²⁶⁰

Frisa-se, quanto ao caráter prático da celeridade processual, a título de ilustração, ser consabido que os raios solares afetam a saúde humana, desde queimaduras incômodas, algumas de certa gravidade, que se manifestam de um dia para o outro, até chegar, em longo prazo, ao câncer de pele, que, decerto, ninguém deseja.

Contudo, a maioria das pessoas quando vai à praia, preocupa-se mais em se proteger do Sol em razão das queimaduras conseqüentes, por serem imediatas e incômodas, do que em razão do câncer porvindouro, pois este, embora possível,

²⁶⁰ Beccaria, há cerca de dois séculos e meio, já pregava que a impunidade é um fator criminógeno, advertindo que não é o rigor da sanção que a minimiza, e sim a certeza da punição, bem como de sua imediatidade. Assim, a celeridade processual é fundamental à prevenção da criminalidade. Cf. BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

além de não ser certo, demora a surgir e a produzir seus efeitos, ainda que intensamente mais deletérios. Depreende-se que essa despreocupação com o câncer dá-se por falta da imediatidade de seu acometimento e de seus sintomas.

Implica dizer que a imediatidade de uma resposta estatal diante de um caso penal, quer solucionando por mediação o conflito penal, quer punindo o infrator com celeridade processual, atua inibitoriamente em relação à criminalidade.

Não se colima proceder a uma pregação de tolerância zero, de trancafiamento de todos os delinquentes por quaisquer infrações penais praticadas nem mesmo pelas respectivas condenações e estigmas sociais, bem como traumas psicológicos daí oriundos, até porque esses não são os objetivos precípuos dos JECs (art. 62, *in fine*). Propugna-se, sim, de forma razoável e dentro do contexto diretivo constitucional (art. 98, inc. I) não se deixarem passar ignorados, sem apuração, apreciação e resposta estatal, ou, impunes, as infrações penais ocorridas, independentemente de sua diminuta potencialidade lesiva, construindo-se a segurança necessária com a certeza da resposta estatal imediata antes que a corrupção moral dos neófitos ou latentes infratores evolua a uma escala de insegurança social quase irreversível, quiçá ao caótico fenômeno de anomia.

Portanto, gizam-se os caracteres ético, moral e pedagógico do Direito Penal sem a necessidade do rigor da pena privativa de liberdade, tornando, porém, certa a respectiva solução mediadora ou conciliatória do conflito (por meio da composição de danos e/ou da transação “penal”) ou, em último caso, sua decisão por meio da punibilidade, preferencialmente, mediante a aplicação de penas alternativas à prisão.

O processo penal revela-se um constrangimento (legal) para o acusado, sendo muito dispendioso para o Estado e, conseqüentemente, nesse particular, pode ser visto como um mal à sociedade. Todavia, quando o processo penal se faz imprescindível, torna-se um mal necessário, não se podendo deixar de reconhecer também seus efeitos positivos no combate e na prevenção contra a criminalidade, em atenção ao princípio da segurança jurídica, sem a qual o progresso social é inviável.

Logo, nada mais justo, conveniente e adequado, do que a simplificação, a oralidade e a informalidade dos atos processuais (artigos 2.º e 62) destinados à economia processual e à celeridade jurisdicional, desde que não atropelem direitos fundamentais dos envolvidos ou das partes.

Weber e Fux²⁶¹ ponderam que, por esse motivo, embora muitos juristas europeus, sob um enfoque eminentemente jurídico e ideário, critiquem a existência de modelos de justiça consensual na Europa semelhantes à composição de danos ou à transação “penal” no Brasil, acabam cedendo ao argumento da economia processual propiciada por esse instituto.

No fim, o caráter prático desses princípios, desde que não sufoque nem restrinja, ao menos não extrapolando a razoabilidade, o anelo ideal do Direito justo e da justiça substantiva, empresta, aos JECs e a seus institutos, assentimento social e permissibilidade legal, estando esta legitimada por aquela, garantindo, ainda, maior segurança jurídica, verificadas, respectivamente, na evitação do fator criminógeno da impunidade e, conseqüentemente, na redução da criminalidade, bem como a instauração de processos penais dispendiosos e o encerramento, quando instaurados, dentro de um prazo razoável e com risco reduzido quanto à extinção da punibilidade pela prescrição, sendo importante destacar a satisfação da vítima quanto à reparação do dano, obtida gratuitamente em procedimento preliminar oral e simplificado, sem a necessidade de conquistá-la por meio do processo cível, o que lhe acarretaria maior despesa, desperdício de tempo e/ou de trabalho, sem deixar de lado que gastos públicos também são evitados pelo Estado com um processo cível a menos, que nem sequer necessitou ser incoado.

A solução ou decisão imediata e econômica dos conflitos penais contribui para a democratização da Justiça, para a segurança jurídica em suas três espécies (individual, social e pública, previstas, *v.g.*, nos artigos 5.º, 6.º, e art. 144 da CF/1988), evita a prescrição, satisfaz à coletividade, permite à vítima ter seus danos reparados, de forma econômica e gratuita, sem a necessidade de buscar reparação na esfera cível, assim como a livra de uma sofrida e desalentadora espera, procurando diminuir com maior eficácia, por fim, o crescimento da criminalidade, pois a impunidade é um de seus fatores.

O princípio da oralidade tem por desiderato propiciar a solução ou a decisão da questão o mais rápido possível, mas parte do pressuposto de que a autoria do fato seja conhecida, tanto que impõe à autoridade policial o imediato encaminhamento do TCO e dos envolvidos ao JEC (art. 69, *caput*), sua citação pessoal (art. 66, *caput*) e o necessário comparecimento pessoal do suposto autor

²⁶¹ BATISTA, Weber Martins. FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

do fato em audiência preliminar para que ela possa ser efetivada (artigos 70 e 72), o que nem sempre ocorre, máxime quando o suposto autor do fato é desconhecido, foragido ou se encontra em homizio.

Nesse caso, o TCO deverá ser encaminhado ao juízo comum em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, sendo essa a inteligência extraída do art. 66, parágrafo único, *in fine*, e do art. 77, § 2.º, da Lei 9.099/1995, ao determinarem a remessa do TCO ao juízo comum em caso de o suposto autor do fato não ser encontrado para citação pessoal, dada a incompatibilidade desses princípios com a citação por edital, e nos casos em que a complexidade ou as circunstâncias indicarem a falta de simplicidade da questão para sua rápida prossecução no próprio juizado.

Esses princípios devem ser realizados dentro da razoabilidade e com acurada prudência, não se podendo comprometer, em nome deles, princípios de direito fundamental como o do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, o que redundaria em manifesto prejuízo, gerando nulidade processual nos termos do § 1.º, do art. 65.²⁶²

Sob o argumento do avançado da hora e da extensa pauta de audiências, o anelo solucionador dos conflitos penais, na práxis belenense, vem sendo atropelado por uma operacionalização autômata de propostas conciliatórias quase sempre iguais²⁶³, cujas conseqüências, natureza e finalidades não são explicadas a contento aos envolvidos no conflito penal, estorvando a necessária mediação destinada à justiça restaurativa, além de o conflito penal e o caso concreto serem desconsiderados quanto às suas peculiaridades, passando-se à fase seqüencial da ritualística pertinente de forma quase mecânica, sem que haja, ao menos, o tentâmen de solução do conflito e sem que os envolvidos possam efetivar a punctação das cláusulas conciliatórias, quase sempre impostas ou dirigidas arbitrariamente pelo magistrado, quando não, pelo próprio promotor fazendo as vezes daquele.

Em atendimento ao objetivo de se resolver o conflito penal ou de se decidir o caso penal, deve-se ter muito cuidado com a celeridade processual a fim de que ela não prejudique o escopo ideal de se solucionar o conflito entre os envolvidos por

²⁶² Observa-se, nos juizados especiais criminais de Belém, que em nome da celeridade processual, tem havido um atropelamento de seus objetivos conciliatórios e da aplicação de medidas alternativas à prisão na audiência proemial.

²⁶³ Dados coletados na atuação como promotor de justiça no 3.º JEC da Capital desde junho de 2005.

meio da mediação e da (re)conciliação nem, no caso de vir-se a viabilizar o processo penal, que os direitos fundamentais do réu sejam cerceados.

A experiência, após mais de uma década de atuação quase diária em alguns JECs da zona metropolitana de Belém²⁶⁴ e do interior do Pará²⁶⁵, tem revelado que os artigos 69, parágrafo único, 1.^a parte e 70, da Lei 9.099/1995, pouco contribuem para a otimização do ordenamento jurídico, pois o encaminhamento imediato dos envolvidos à sede dos juizados, quando o fervor do conflito ainda está crepitante, é impediante da (re)conciliação, acirrando o imbróglio e sentimentos de vendeta, incompatíveis com o valor da justiça e com os fins dos juizados e do Direito.²⁶⁶

Não se deve resvalar ao esquecimento que os princípios jurídicos fazem parte de uma relação sistêmica em busca da otimização do Direito em sua concepção reticular. Seu caráter sistêmico deve ser considerado pelo Judiciário para harmonizá-los quando concorrem uns com os outros, ainda mais quando dispostos em hierarquia, devendo, os princípios dos JECs, respeito incondicional aos princípios de direito fundamental dada a respectiva magnitude e supremacia vertical destes.

Não se pode abandonar o caráter ideário principiológico do Direito, ou seja, o de que os princípios, na qualidade de normas *otimizantes* do ordenamento jurídico, devem ser aplicados no escopo de otimização do sistema jurídico, e não de forma a colidirem a ponto de romper o equilíbrio necessário à harmonização e aperfeiçoamento sistêmico do próprio Direito. Neste particular, cumpre lembrar que os princípios não colidem, apenas concorrem, devendo o aplicador do Direito eleger, dentro de um critério de ponderação, o melhor princípio como solução mais justa, à luz da Constituição, para o caso concreto, sem a negação dos demais princípios em concorrência, pois assim procedendo, não estará, verdadeiramente, negando-os, mas os confirmando pela manutenção ou melhoramento (otimização) da respectiva harmonia reticular normativa, cuja construção se dá *in fieri*.

Por fim, cumpre ponderar que se deve ter muita cautela com a aplicação desses princípios, pois, em nome da rapidez, direitos fundamentais não podem ser atropelados; bem como, em nome da economia, não se pode, em relação a esses direitos, agir com tacanhez.

²⁶⁴ 1.º ao 4.º e 6.º Juizados Especiais Criminais de Belém e Juizado Especial Criminal de Ananindeua, atualmente, instalado no prédio da Universidade da Amazônia (Unama) situado na Br 316.

²⁶⁵ Comarcas de Muaná, Anajás, Ponta de Pedras, São Sebastião da Boa Vista, Anajás, Afuá.

²⁶⁶ Sobre esse assunto ver a proposta *de lege lata* do item 4.1.11 intitulada “Audiência preliminar diferida para um trintídio do fato”.

3 DIÁLOGO CRÍTICO-(RE)CONSTRUTIVO SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A abordagem dialógica quanto aos JECs deve romper com a prática cartesiana do positivismo fragmentário, avalorativo e acrítico, pois na produção do conhecimento científico, segundo propugna Boaventura como “paradigma emergente”²⁶⁷, torna-se imperiosa a construção da teoria intentada com a confrontação e/ou desconstrução de outras, a ela contrapostas. Assim, tonificam-se os argumentos, as propostas e as conclusões que se forjam neste trabalho com o calor proveniente da própria oposição, vencida pelo diálogo racional.²⁶⁸

Muitas críticas aos JECs não são negadas aqui, por decorrerem da constatação do que, na prática judiciária vitanda, eles se tornaram. Outras, sobremaneira quando remontam à idealização e à própria institucionalização constitucional dos JECs, são desprovidas de fundamentação jurídica coerente com a realidade e com a tridimensionalidade finalística do Direito, consoante se demonstrará mais além.

O trabalho tomou emprestadas as expressões “para uma utopia do possível” e “do possível para a utopia” de Chies²⁶⁹, sem, contudo, perfilhar inteiramente o entendimento de referido autor, daí porque elas não expressam, no presente contexto, a preleção nem as propugnações da obra de onde foram garimpadas.²⁷⁰

²⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2006. pp. 59 *et seqq.*

²⁶⁸ Kaufmann, contrapondo-se à doutrina clássica de Savigny quanto a “um número fechado de quatro elementos (modos de argumentação): o gramático, o lógico, o histórico e o sistemático”, limitação, segundo ele, exigida pelo positivismo clássico, diz haver “muitos outros argumentos, com que se fundamentam os juízos jurídicos, para além dos quatro mencionados, como sejam: a garantia da segurança jurídica ou da justiça, a ponderação das conseqüências, o sentimento jurídico, a praticabilidade, a harmonia jurídica, e outros ainda”. Interessa anotar aqui o destaque dado por Kaufmann quanto aos argumentos da “segurança jurídica e da justiça”, exatamente dois dos fins integrantes da tridimensionalidade teleológica do Direito. Importa, ainda, anotar que Reale é recomendado, expressamente, por Kaufmann (p. 9) como jusfilósofo brasileiro a ser pesquisado. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 71.

²⁶⁹ Quanto à expressão “para a utopia do possível”, Chies esclarece que: “Trata-se de uma utopia que, em nosso entendimento, mesmo não se constituindo na meta final (que avança ao se caminhar), é viável e possível no agora, acaso houver disposição para a sua realização”. Quanto à expressão “do possível para a utopia”: “[...] reformas tímidas quando adotamos a “utopia do possível” como referente, mas que admitimos como mínimo necessário, e já avanço estratégico, no conturbado e perverso contexto vigente”. Cf. CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Por uma utopia do possível! (Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juzizados especiais criminais)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juzizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 186.

²⁷⁰ Alguns excertos de obras que se contrapõem a este trabalho serão usados nos parágrafos íferos como recurso à construção dos argumentos aqui desenvolvidos, mas sob a ressalva de que o transunto recortado do contexto produzido por seus autores pode não traduzir a idéia originária de seu autor, mormente quando há, no contexto original, afirmações tidas, neste trabalho, como falsas,

É possível, como proposta da “utopia do possível”, ou seja, construir-se o que ainda não se tem, mas que é, perfeitamente, possível concretizar. Deve-se romper com o sistema de justiça penal adjudicatória, divorciando-se do modelo estigmático e iníquo do processo penal tradicional e da sanção privativa de liberdade, humanizando-se o Direito Penal por meio de medidas antecipadas ao processo, que possam evitá-lo com a extinção da punibilidade, mediante a composição de danos a ser celebrada entre o suposto autor do fato e a vítima e/ou a transação “penal”, entre aquele e o pretense acusador.²⁷¹

Se existem falhas, e, não se nega que, de fato, são muitas, há propostas neste trabalho, tanto imediatas, *de lege lata*, quanto mediatas, *de lege ferenda*, que permitirão partir-se “do possível para a utopia”, laborando-se com o ideal de “uma utopia do possível”, não se olvidando de que muitos inventos ou descobertas, antes de serem concretizados, também foram utopias.

Todavia, não se pode confundir a prática abominável constatada nos juizados, consistentemente criticável, com as justas e úteis finalidades idealizadas pelo constituinte originário a serem concretizadas em nome da concepção de Constituição material²⁷², muito menos no tangente à tridimensionalidade teleológica do Direito.

Pode-se afirmar que da mesma forma que não se tem como atacar o Estado²⁷³, como Organização Política de Direito que realmente ele é, ou seja, como Instituição necessária e imprescindível à vida social contemporânea, pelo só fato de ele ainda ser, na prática e na realidade, um arremedo do ideal de Estado (Social) Democrático de Direito (em atenção à finalidade de justiça material do Direito), consoante proclamado na Constituição Federal, também não se pode atacar a instituição dos JECs e seus institutos (máxime os de natureza conciliatória),

somadas a outras verdadeiras, permitindo-se que estas sejam suscitadas para refutar aquelas, mesmo tendo sido outra a intenção do autor a ser referido, assim se procedendo neste trabalho a pretexto de se confutar os argumentos contrários usando as mesmas expressões da oposição.

²⁷¹ O acusador poderá ser tanto o Ministério Público quanto a vítima, conforme a natureza da ação penal.

²⁷² Ver conceito de Constituição material em nota de rodapé no tópico “Destruindo a tríade teleológica do Direito”, segundo preleção de Canotilho. Sobre o tema ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 65-70 e *Idem*. *Direito Constitucional: e teoria da constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 87-100; 1093-1118.

²⁷³ No tópico atinente aos princípios da economia e da celeridade processual tomou-se como referência Hobbes, quanto à natureza má, vil e desconfiada do homem, ser que nasce mau necessitando do Estado (Leviatã) para impor-lhe rédeas, permitindo a vida social. Aqui, todavia, convém citar Rousseau, que mesmo contestando Hobbes, pregando que o homem nasceria bom, sendo corrompido pela sociedade, reconhece a necessidade da presença de um Estado que garanta a segurança jurídica de todos como Organização Política essencial ao progresso, sendo importante encontrar uma forma de sociedade que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada sócio, permitindo-lhes a liberdade com proteção mediante a implementação de uma certa força. Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Trad. R. L. Viana. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

igualmente, idealizados na mesma Constituição, aqui considerada em sua acepção ideal²⁷⁴, em razão de a prática judiciária, consoante sói acontecer, encontrar-se, não raras vezes, ao avesso, quer das normas constitucionais, quer da respectiva lei que os criou e regulamentou.

As práticas judiciais vitandas, uma vez identificadas, merecem ser corrigidas, em vez de simplesmente se propugnar pela eliminação desses órgãos, como se fosse possível acabar com o próprio Estado pelo fato de ele, muita vez, não cumprir com sua responsabilidade político-constitucional,²⁷⁵ sendo, similarmente, tão criticado.

Conquanto Jacinto Coutinho teça acentuadas críticas contra os JECs, não deixa de reconhecer, à luz da idealização constitucional destes (art. 98, inc. I) e pelo mesmo prisma deste trabalho, que os juizados mostraram-se “como uma

²⁷⁴ A Constituição ideal visa, por meio da lei, na esteira das aspirações do constitucionalismo, criar instituições que limitem e controlem o poder estatal, vinculando o exercício do poder público por meio de normas destinadas aos governantes e aos governados, reconhecendo, a estes, direitos individuais. Os postulados políticos-liberais peculiares à concepção ideal de Constituição, segundo escolia Canotilho, são: “(a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão dos poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito)”. A ideologia constitucionalista (garantista) pugna pela maximização das liberdades com a minimização do poder intervencionista estatal desnecessário à materialização da própria Constituição, ou seja, trabalha com a densificação dos direitos fundamentais em contraposição à intervenção estatal desnecessária, tirante a intervenção destinada à justiça social por meio de políticas públicas de inserção e de carácter compensatório. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. pp. 62-63.

²⁷⁵ O Estado tem a função precípua de promover os direitos fundamentais dentro de uma perspectiva de desenvolvimento sociopolítico-econômico que possibilite democracia plena, a ser exercida, quer por meio de representantes, quer diretamente, somada à democracia econômica e à promoção de justiça social, pois, segundo pontifica Bonavides, as ordens econômica e social não pertencem ao Estado, mas à sociedade. Esse reconhecimento permite a paz social e a livre participação política, cujo desiderato só pode ser alcançado por meio de um Estado politicamente comprometido com a legitimidade de seu poder e de suas normas. A ordem social mais justa e mais humana está elada a dois princípios inderrogáveis: a liberdade e a igualdade, razão por que o Estado deverá ter como guião emancipatório dos Direitos Humanos os valores de igualdade material e de liberdade, sobretudo, a igualdade que, não raramente, colide com a liberdade, problema esse que, entre outros, impeliu, conforme lição de Elias Díaz, a evolução do Estado Liberal ao Social de Direito, que, por sua vez, pecou pelo excesso de intervenção estatal a pretexto de promover uma pseudo-igualdade, impondo o surgimento do Estado Democrático de Direito, ou melhor, do Estado Democrático de Direito. A intervenção, conquanto seja imprescindível à implementação de políticas públicas inclusivas, não pode ser desnecessária, sob pena de se arredar desse mister de igualização coletiva, que permite a homogeneização horizontal da sociedade para servir a grupos dominantes, verticalizando a sociedade e, conseqüentemente, acirrando as desigualdades sociais. O equilíbrio entre as liberdades individuais e o poder estatal é responsabilidade política do Estado de forma a se propiciar a intervenção do Estado somente quando destinada à elevação e materialização da igualdade socioeconômica, dentro de um panorama político de plenitude democrática. Em suma, a edificação de uma sociedade mais justa, humana, livre, solidária e igual é responsabilidade política inderrogável e impostergável do Estado. Não se concebe essa construção fora do conceito material de constituição e sem a observância do constitucionalismo para, fazendo coro à doutrina de Luigi Ferrajoli, manter o equilíbrio entre a maximização das liberdades e a minimização do poder intervencionista estatal. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005; DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Z. Sica, Fauzi H. Choukr, Juarez Tavares e Luiz F. Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

grande esperança à modernização – e democratização – do processo penal brasileiro”.²⁷⁶ Todavia, a prática judiciária desvirtuou esse ideal, solapando direitos fundamentais do suposto autor do fato e, também, da própria vítima, o que impõe concluir que as críticas substanciais aos juizados, aqui admitidas como procedentes, tangem à práxis, não tendo caráter institucional, muito menos quanto à sua idealização pelo constituinte originário^{277, 278}.

É o resgate desse propósito constitucional, considerando a tridimensionalidade teleológica do Direito propugnada por Reale²⁷⁹, que se traz como proposta, reconhecendo que muitas críticas contra a práxis judiciária procedem, mas podem ser corrigidas, mediante a adoção consciente da necessidade de construção do Estado (Social) Democrático de Direito proclamado e idealizado pela Constituição Federal em vigor.

Outro aspecto importante que se pinça da doutrina antagônica aos JECs é o forte apelo aos direitos individuais, mormente quanto à liberdade, sob o escudo de outros direitos fundamentais, como se eles fossem absolutos ou jerarquicamente superiores em relação a todos os outros. Contudo, se os direitos fundamentais fossem absolutos, não haveria espaço para a existência do próprio Estado, dada a incondicional proibição de intervenção, quedando-se em um ente paralítico, passivo, cego, surdo-mudo, indiferente e altista.

²⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. “Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional”. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Ronovar, 2003. p. 348.

²⁷⁷ Decerto que quem critica a instituição dos JECs os vê como órgãos de criminalização estatal típicos do Estado Neoliberal, v.g., Maria Lúcia Karam ao obtemperar que “Dentro do vistoso Estado mínimo neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente, que manipula a distorcida percepção dos riscos, o medo e os anseios de segurança, que manipula uma indignação dirigida contra os inimigos e fantasmas produzidos pelo processo de criminalização, valendo-se de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, para criar novas e dar roupagem pós-moderna a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual”. Cf. KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concentração antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. pp. 25-26.

²⁷⁸ Não se nega que os princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia e celeridade processual tendem ao barateamento dos custos, tornando a prestação jurisdicional menos onerosa ao Estado, realmente neoliberal. O neoliberalismo é um fato, portanto, é uma realidade, o Direito deve considerá-lo como realidade para construir sobre este fato a sua idealidade, sendo perfeitamente possível o respeito e a promoção de direitos fundamentais por meio dos JECs dentro de uma concepção econômica mais viável e conjuntural com a realidade. Frisa-se que não se está a tecer encômios ao neoliberalismo, até porque seria proceder contra a finalidade jurídica de progresso social sobreposto ao econômico, mas sim de admitir-se que os JECs são viáveis como órgãos destinados à realização de alguns direitos fundamentais na solução de conflitos e casos penais mesmo no atual contexto sociopolítico.

²⁷⁹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.

Esse fato, aliás, é constatado na evolução histórica do Estado Liberal para o Estado Social, segundo lição de Elias Díaz²⁸⁰, aquele primava excessivamente pelo princípio da liberdade, determinando a existência de um Estado abstencionista, que, por fim, não apenas se absteve de laborar pela igualdade, como acabou fracassando no respeito à própria liberdade, pois liberdade excessiva, ao mesmo tempo, significa a imposição do mais forte e, conseqüentemente, liberdade nenhuma.

A esse respeito, duas verdades merecem ser consignadas:

a) Nenhum direito é absoluto;

b) A liberdade é um direito individual que nasce da obrigação de se respeitar a liberdade dos outros. Portanto, os direitos individuais só existem porque os homens, como seres individuais que são, compreenderam que também são seres sociais e que somente em uma comunidade harmônica e solidária, conseguem viver com qualidade.

Viver com qualidade, em paz e bem-estar, são efeitos próprios do progresso social que prima pelo “valor fundante” do “bem social da convivência ordenada”^{281, 282}, para tanto necessitam de segurança jurídica e de justiça material (valor fundante do justo), exatamente os três ingredientes que compõem a tridimensionalidade finalística do Direito propugnada por Reale.

Reale prefere o termo justiça no sentido objetivo, que, em palavras suas, indica a “ordem social que os atos de justiça projetam ou constituem”, assim, “objetivamente a justiça se reduz à realização do bem comum”, mais precisamente a justiça no sentido objetivo “é o bem comum *in fieri*, como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo os valores da liberdade e da igualdade”.^{283, 284}

Convém trazer à baila, em tonificação à explicação realeana de bem comum como exigência da convivência social ordenada, a preleção centenária, mas ainda

²⁸⁰ Estado de Derecho y sociedad democrática. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992. p. 23-42; 83-101; 121-131.

²⁸¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 273.

²⁸² Reale leciona que o bem, enquanto coletivo essencial à sociedade, é o que se denomina “justo ou justiça” (acepção de justiça no sentido objetivo, enquanto que justiça no sentido subjetivo é empregada como “vontade ou virtude do homem). Quando o homem age segundo a justiça objetiva (ordem social justa ou simplesmente justiça ou, ainda, justo), ou seja, segundo uma ordenação de convivência social (do que é objetivamente justo), também age atendendo a um impulso subjetivo (vontade e virtude do homem de atribuir a cada um o que lhe é devido) que se refere à justiça subjetiva. *Ibidem*, p. 276.

²⁸³ *Ibidem*, mesma página.

²⁸⁴ No mesmo diapasão Kaufmann esclarece que “[...] as questões sobre o conteúdo do direito (por exemplo, sobre o bem comum) são demasiado importantes [...]”. “[...]A filosofia do direito é a teoria da justiça”, na qual se inclui, antes de mais nada, a justiça social, a justiça do bem comum”. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. pp. 3 e 13.

atual, de Léon Duguit quanto ao fato de que o direito objetivo²⁸⁵ espeda-se na solidariedade social, entendida essa como interdependência social, daí derivando, direta e logicamente, o direito subjetivo²⁸⁶. Referido autor afirma que “pela mesma palavra – direito – designam-se duas coisas que, sem dúvida, penetram-se intimamente, mas que são, todavia, diferentes: o *direito objetivo subjetivo*”.²⁸⁷

Quanto ao tema das liberdades individuais, Duguit esclarece que “o homem que vive em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas que lhes pertençam na sua qualidade de homem”, no sentido de homem individualmente considerado, mas “são direitos que lhe pertencem porque sendo homem social, tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever. Vê-se como se está longe da concepção do direito individual”^{288, 289}.

²⁸⁵ Sobre direito objetivo, leciona Maria Helena Diniz: “**Direito Objetivo.** *Teoria geral do direito.* Complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação. É sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo. Indica o caminho a ser seguido, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas. Cf. *Dicionário jurídico*. v.2. 2.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 196.

²⁸⁶ Sobre direito subjetivo, esclarece Maria Helena Diniz: “**Direito Subjetivo.** *Teoria geral do direito.* É, na lição de Goffredo Telles Jr., a permissão dada a alguém por meio de norma jurídica válida para fazer ou não alguma coisa, para ter ou não algo, ou, ainda, a autorização para exigir por meio dos órgãos competentes do Poder Público ou dos processos legais, em caso de prejuízo causado por violação da lei, o cumprimento da norma infringida ou reparação do mal sofrido. Infere-se daí que duas são as espécies de direito subjetivo: a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer e de ter ou não alguma coisa, sem violação de preceito normativo, por exemplo, o direito de ter um nome, um domicílio, de ir e vir, de casar, de trabalhar, de alienar bens etc.; b) o de defender direitos ou de proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado por ela a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar reparação pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhe pena (Goffredo Telles Jr.). É comum dizer que o direito subjetivo é *facultas agendi*. Porém, as faculdades humanas não são direitos, mas qualidades próprias do ser humano que independem de norma jurídica para sua existência. Compete a esta ordenar tais faculdades humanas; logo, o uso delas será lícito ou ilícito, conforme for permitido ou proibido. Portanto, o *direito subjetivo* é a *permissão para o uso das faculdades humanas*. Como se vê, a *chamada facultas agendi* é anterior ao direito subjetivo; primeiro a faculdade de agir, e, depois, a faculdade de usar essa aptidão. Ante essa concepção, não podem ser aceitas as três teorias sobre a natureza do direito subjetivo consagrado pela doutrina tradicional, que são: a) a da vontade (Savigny e Windscheid), que entende que o direito é o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica; b) a do interesse (Ihering), para qual o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido por meio de uma ação judicial; e c) mista (Jellinek), que define o direito subjetivo como o poder da vontade reconhecido e protegido pela ordem jurídica, tendo por objeto um bem ou interesse. Cf. *Dicionário jurídico*. v.2. 2.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 211.

²⁸⁷ DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 3.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁸⁹ Reale esclarece que tanto o individualismo quanto a corrente coletivista são atitudes filosóficas inadequadas para se interpretar a norma jurídica se tomadas como preferências exclusivistas, indigitando a corrente do personalismo – da cooperação personalista – como a mais consentânea. Segundo esta, não deve haver predomínio *a priori* nem do indivíduo nem do todo, pois se assim fosse, aquele, dada a natureza egoísta do homem, exacerbaria as liberdades individuais prejudicando a igualdade, o justo, a ordem de convivência social justa; enquanto este, o todo (social), implicaria forte intervenção estatal contra as liberdades em nome do social e da igualdade. Assim, melhor e mais justa é adotar-se uma atitude eclética que, sem preferências apriorísticas, segundo a realidade histórica de cada sociedade, sobreleve, conforme cada caso, um ou outro (ora o individualismo, ora o coletivismo), tendo como diretriz

O verdadeiro direito subjetivo do homem social é ter o poder de praticar todos os atos aos quais está obrigado pelo direito objetivo, atos esses destinados à cooperação com a solidariedade social, entendida por Duguit, como cooperação no inter-relacionamento social.

Pelo prisma da secular lição de Duguit, os JECs e seus institutos conciliatórios são plenamente bem-vindos pelo Estado (Social) Democrático de Direito, permitindo que o Estado firme-se presente nos conflitos intersubjetivos de natureza penal, solucionando-os, sempre que possível – e isso significa o máximo possível –, por meio da mediação, de forma conciliatória, humanitária e despenadora²⁹⁰, garantindo, assim, maior segurança jurídica e progresso social (paz e bem-estar social) com a promoção do ideal de justiça material em atenção à tridimensionalidade teleológica do Direito, propiciando que os envolvidos em infrações penais de menor potencial ofensivo cooperem entre si, dialogando em um procedimento mediado pelo Estado, para a solução mais pacífica e eficaz do conflito penal²⁹¹ realizando, assim, a um só tempo, direitos e deveres, em favor de todos, da sociedade, inclusive.

Neste aspecto (solidarismo), Duguit se aproxima da lição kantiana, lembrada por Comparato²⁹², ao tratar da evolução das concepções de pessoa e de dignidade

a “axiologia do justo, que é o valor da pessoa humana [pessoa é a medida da individualidade]. O indivíduo deve ceder ao todo até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem. Toda vez que se quiser ultrapassar a esfera da ‘personalidade’ haverá arbítrio”. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

²⁹⁰ Na doutrina e na jurisprudência pátria, assim como na portuguesa, há preferência praticamente absoluta pelo substantivo “despenalização” e pelo verbo “despenalizar”. Contudo, “penalizar” significa causar pena, dó, aflição em alguém. O sentido desta palavra é de sentimento de comisseração. Assim, “despenalizar” seria retirar essa aflição, deixar de sentir pena de alguém. É certo que alguns dicionários como o Houaiss já trazem o significado de “penalizar” como de apenar, infligir pena, ressaltando que se trata de derivação por anglicismo semântico. Também é verdade que nenhum dicionário consigna os termos “despenalizar” e “despenalização”. Todavia, dicionário, não sendo o publicado pela Academia Brasileira de Letras (ABL), não torna oficial a existência de nenhuma palavra. Os termos registrados no vocabulário oficial pela ABL, com o sentido de “retirar a pena”, “deixar de aplicar a pena” são despenador e despenadora. Cf. Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. 2.ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1998. p. 251.

²⁹¹ Caso penal e conflito penal são expressões distintas, assim como litígio penal. O conflito penal pode preceder ao caso penal e ao litígio penal, podendo continuar até o encerramento destes. Por exemplo, se uma discussão acalorada, sem que tenha havido ofensa moral ou ameaça, faz nascer o desígnio de matar em, pelo menos, um dos desafetos, não se tem um caso penal até que o *iter criminis* seja levado ao início da execução, mas já nos estádios impuníveis da cogitação e da preparação, tem-se um conflito penal. Tentado o homicídio, surge o caso penal, ajuizada a ação penal, tem-se o litígio penal. Ambos, caso penal e litígio penal, embora não nasçam concomitantemente, pois aquele precede a este, encerram-se com o trânsito em julgado da sentença definitiva. Todavia, o conflito penal poderá ter continuação, pois o réu, condenado ou absolvido, ainda poderá estar cogitando e se preparando para um próximo ataque contra a mesma vítima.

²⁹² Comparato leciona que a terceira fase da elaboração do conceito de pessoa e de dignidade da pessoa humana, como sujeito de direitos humanos, advém com a filosofia kantiana, apontando

humana, considerando os postulados éticos kantianos da razão prática²⁹³, da vontade e autonomia racional, do valor absoluto da pessoa, apontando como imperativo categórico ser toda e qualquer pessoa humana um fim em si mesma que, por essa

como postulado ético de Kant a afirmação de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis e princípios, só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada “razão prática”. O “homem como um ser racional existe como um fim em si mesmo”, e não como meio para alcançar alguma coisa, isso seria um imperativo categórico kantiano. Os homens, como entes racionais, não são coisas como os animais irracionais, daí porque estes são meios e aqueles são fins em si mesmos, assim definidos pela própria natureza, ou seja, como algo que por ser fim não pode servir como meio, o que limita, em consequência, o livre-arbítrio”. A dignidade da pessoa não consiste apenas em ser ela diferente das coisas, um ser tratado e considerado como um fim em si mesma para a consecução de algum resultado, mas também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, *i.e.*, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Por isso Kant afirma que todo homem tem dignidade, e não um preço como as coisas. Pela vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis de âmbito universal. Kant propõe duas obrigações universais: uma negativa, de não fazer o mal; outra positiva, de obrar pela felicidade alheia, reconhecendo que todo homem é um fim em si mesmo, pois assim fazendo, o homem reconhece que os fins de outrem, são seus também. A obrigação laboral pela felicidade alheia foi proclamada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 3-20.

²⁹³ Kant, ao fazer um exame crítico, no domínio especulativo quanto ao uso puro da razão, estendeu esse exame ao domínio prático: “O uso da razão pura, se for provado que ela existe, é só imanente; ao contrário, o uso empiricamente condicionado, que se arroga a supremacia exclusiva, é transcendente e se manifesta em exigências e mandamentos que exorbitam totalmente do seu domínio; o que é precisamente o inverso do que se pôde dizer da razão pura em seu uso especulativo”. Kant propõe como imperativo categórico “Age de modo tal que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal” (p. 40), que, em outras palavras, segundo Ladande, pode-se traduzir em “sê justo”, incondicionalmente, em qualquer circunstância da vida, não bastando ao homem não fazer o mal, impondo-se-lhe a obrigação de também obrar pela felicidade alheia. Kant mostra que a razão pura é prática por si mesma, ou seja, que ela dá toda a lei em que se alicerça a moralidade. As leis (não em seu sentido jurídico) são sentidos práticos objetivos, *i.e.*, regras válidas para todo ser racional. Elas tomam a forma de *imperativos* porque a razão não é o único princípio determinante da vontade do homem, e esses imperativos devem ser *categóricos*, e não *hipotéticos*, por exprimirem regras necessárias que não dependem das disposições particulares de cada qual. A lei moral não teria sentido se o homem não fosse livre, e é isso que se costuma exprimir com o seu imperativo categórico quando afirma que todo homem deve ser justo, não apenas deixando de coisificar outros homens ou se abstendo da maldade, mas obrando pela felicidade alheia, para Kant a “consciência desta lei fundamental pode ser denominada um fato [*Faktum*] da razão, porque não podemos inferi-la de dados anteriores da razão” (p. 41), trata-se de uma lei que implica a liberdade e que tem valor, unicamente, moral. Essa lei não é um fato empírico, pois ela é indiferente a toda experiência, mas de um fato *a priori* que Kant afirma ser “o fato único da razão pura, a qual se proclama, assim, como originalmente legisladora (*sic volo, sic iubeo* [assim posso, assim ordeno])” (p. 41), impondo a consciência do dever, comum a todos os homens, demonstrando que a razão do homem é legisladora em matéria de moral; e, de outro, que todo homem é livre para determinar-se segundo essa lei moral a ele imanente e que condiciona a sua vontade, pois a consciência da lei universal (“sê justo”) faz o homem conhecer que a razão pura é prática em si mesma, e que o homem é livre, esclarecendo que a autonomia da vontade é o princípio único de todas as leis morais e dos deveres conformes com elas. Kant apresenta o homem como uma fonte de suas próprias determinações, asseverando que “A razão pura pode ser prática, ou seja, que ela pode por si mesma determinar a vontade, independentemente de todo elemento empírico; e demonstra isso mediante um fato [*Faktum*] no qual a razão pura se manifesta efetivamente em nós como prática, determinando por este meio a vontade à ação. Além disso, mostra também que esse fato está inseparavelmente ligado à consciência da liberdade da vontade, até mesmo se confundindo com ela” (p. 51). Cf. PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2005. pp. 135-139; KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática: texto integral*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. pp. 27-51; LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 531.

razão, não pode ser reificada e em relação à qual se deve obrar por sua felicidade, pois ao se realizar a felicidade alheia, consoma-se a própria.

Um dos postulados kantianos em questão é o de que somente o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios morais, pois só ele tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada de razão pura em um aspecto apriorístico, que independe da experiência, por ser inata ao homem, mas que também se torna razão prática em uma ordem empírica, pois uma vontade boa determina a si mesma, sendo imperativo categórico que todo homem se submete a uma lei universal: ser bom.

Ora, se o homem se distingue pela razão e pelo poder de autodeterminação segundo a sua vontade, ele não se confunde com as coisas, devendo ser tratado com dignidade, nunca coisificado, pois as pessoas, pela sua vontade racional, vivem em condições de autonomia, como seres capazes de guiarem-se pelas leis que eles próprios, por meio do Estado, editam.

Contudo, pela vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas leis – acrescenta-se nos termos da teoria realeana: que as leis garantem a segurança jurídica quando prescritas (norma) e realizadas (fato) concretizando valores sociais. É necessário, portanto, que o Direito escrito (norma formalizada) ganhe vida (fato), edificando valores sociais, de forma a concretizar o texto constitucional convolvendo-o em Direito vivo²⁹⁴.

Ora, se o homem é a fonte do Direito, tendo por fim a realização de sua própria felicidade, sendo também um ser social, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém (dever negativo) – ou seja, não basta o respeito às leis em nome da segurança jurídica –, como imperativo categórico (dever positivo), seu dever consiste em obrar pela felicidade alheia – adite-se a Kant, segundo a teoria de Reale: que a felicidade alheia se constrói por meio do progresso social (paz e bem-estar social) e pela edificação *in fieri* da justiça material (obrigações positivas de solidariedade, cooperação e bondade), estando em consonância com a proposta do utilitarismo garantista apresentada no primeiro capítulo (item 1.3.1).

As críticas decorrentes da prática judiciária nos juizados quanto à composição de danos devem ser apreciadas como pontos negativos a serem

²⁹⁴ Sobre “Direito Vivo” ver nota de rodapé no tópico “Tridimensionalidade finalística do Direito”. Sobre o seu significado Cf. ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 267-268.

corrigidos, a fim de que haja maior estreitamento entre a realidade e a finalidade dos JECs em seu aspecto tridimensional, não sendo adequada à pacificação dos conflitos penais, política e filosoficamente, a postura doutrinária de ataque aos juizados como se eles e seus institutos fossem iníquos ao Estado (Social) Democrático de Direito ou ao movimento constitucionalista que prima pela maximização das liberdades com a minimização do poder intervencionista estatal.

Não se concorda com Lenio Streck quando advoga a necessidade de se romper “a perspectiva de o direito ser regulador”, pois, segundo ele, “passa-se a perceber/entender o direito como promovedor (Estado Social) e transformador (Estado Democrático de Direito)”²⁹⁵. Ora, isso também é verdade (o Direito é promovedor e transformador: Estado Social Democrático de Direito), mas se dá por meio da norma, cujo fim não é ela própria, mas a consecução de valores, v.g., as diversas ações afirmativas implementadas por meio de políticas públicas regulamentadas em lei. Logo, o caráter regulador do Direito não pode ser negado, o erro estaria, sim, em se admitir esse caráter como único apanágio ou a mais forte das idiosincrasias do Direito.

Streck é contrário ao utilitarismo processual dos juizados, cujos institutos conciliatórios são por ele apodados de “barganha”²⁹⁶, por entender, na mesma esteira de Lopes Jr.²⁹⁷, que esses órgãos agem como meios de simplesmente garantir maior eficiência do poder repressor estatal, mas de forma antigarantista. Ambos concebem, em sentido oposto ao deste trabalho, as medidas civis alternativas antecipadas ao processo como sanções penais antecipadas.

O Direito não pode deixar de ser regulador nem negligenciar essa função, simplesmente, porque o Direito também é norma. Como retirar o poder regulador do Direito, segundo a preleção de Streck, se uma de suas peculiaridades é a normatividade?! Nessa linha, não se concebe o Direito sem seu caráter regulador, conquanto também se afirme que ele é, no escólio de Streck, “promovedor” e “transformador”, pois os ideais de segurança jurídica, de progresso social e de justiça material lhe são imanentes.

O Direito apresenta em sua constituição tridimensional um caráter elementar regulador (a norma), que é correlato à sua função propiciatória de

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e sinais*. 3. ed. rev. mod. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 25.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 34.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 113.

segurança jurídica (Estado da legalidade e da liberdade), inter-relacionado e elado de forma indissolúvel à sua função utilitarista, promotora do progresso social (Estado Social), bem como à sua função ideal de transformação da sociedade em uma sociedade materialmente sempre mais justa, livre e solidária (Estado Social Democrático de Direito)²⁹⁸.

Reconhece-se que o *usus forensis* adotado nos JECs desvirtuou-se de seu ideal constitucional. Entretanto, a constatação das ofensas a direitos fundamentais tanto da vítima quanto do suposto autor do fato na práxis dos JECs de Belém e em muitos outros ao longo do País, que também é verificada com não menos profusão nos processos penais em geral quanto a crimes mais graves de competência do juízo comum, não pode servir de parâmetro para determinar a abolição dos juizados, sob o argumento de que se assim fosse igual medida também poderia ser adotada em relação aos juízos comuns, o que redundaria em caos social pelo fenômeno da anomia.

Ao contrário, a identificação das falhas existentes e praticadas nos juizados deve, sim, tornar injuntiva a construção do Estado (Social) Democrático de Direito com o aperfeiçoamento concreto desses órgãos, primordialmente quanto à capacitação dos juízes, promotores de justiça e defensores públicos que neles atuam, sem se olvidar, também, das autoridades policiais, desde a aprendizagem quanto ao método de cooperação entre eles mais eficaz de resolução consensual não apenas dos casos penais, mas também dos conflitos penais (a mediação), até a metanóia²⁹⁹ quanto ao modelo tradicional de promoção da “justiça” por meio da imposição, que ainda impera como safra conseqüente da tradição de uma justiça extremamente inquisitiva e adjudicatória³⁰⁰.

²⁹⁸ O art. 3.º da CF/1988, declara a tridimensionalidade finalística do Direito ao prescrever como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se o desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos sem quaisquer preconceitos e discriminações. Analisando referido dispositivo, Barroso leciona que a Constituição, ao tratar dos “princípios fundamentais, abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

²⁹⁹ Os três sentidos de metanóia amoldam-se ao texto em que esse termo foi empregado. “Metanóia s.f. 1 **mudança** essencial de **pensamento** ou de caráter 2 *p.ext.* **transformação espiritual** 3 **arrependimento** por falta cometida; penitência ETIM gr. *metánoia*, as 'mudança de sentimentos; arrependimento, mágoa; penitência', prov. pelo lat.tar. *metanoea,ae* 'arrependimento'”. (Grifou-se.) Cf. HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

³⁰⁰ Justiça adjudicatória é o modelo de justiça tradicional, garantida por um terceiro (o juiz), que deve ser independente, imparcial e neutro. A justiça adjudicatória trata o conflito penal, erroneamente, como se ele fosse o próprio litígio penal e vice-versa, quando se sabe que o conflito, muita vez, situa-se antes, durante e após o litígio. Essa concepção encontra-se em contraposição ao novo paradigma

Os tópicos seguintes, após uma abordagem sobre o dialogismo proposto por Boaventura de Sousa Santos, analisarão as críticas doutrinárias feitas aos JECs, quer quanto a seus institutos conciliatórios (composição de danos³⁰¹ e transação “penal”), quer quanto à instituição deles em si, nos aspectos da realidade e da idealidade, mas também serão abordadas questões críticas constatadas na práxis dos JECs de Belém, bem como outras aqui levantadas.

Embora o diálogo se divida em itens, os argumentos construídos um após o outro irão, em verdade, somando-se; alguns não serão ressuscitados para se evitar o enfado da repetição, lembrando-se que estarão, ainda assim, imbricados e em complementaridade com os argumentos subseqüentes; outros, todavia, serão repisados dada a sua maior relevância e necessidade de relembração e clarificação do que é argumentado, confutado, aplaudido e/ou propugnado.

3.1 Dialogismo proposto por Boaventura de Sousa Santos

A orientação que se segue é indigitada por Boaventura como paradigma emergente na produção do conhecimento científico, quer, de forma geral quanto às ciências, em um “Discurso sobre as Ciências”,³⁰² ao cotejar os paradigmas de produção do conhecimento, quais sejam, o dominante (positivismo clássico) com o emergente (culturalismo); quer, de forma mais específica, quanto à emancipação global dos direitos humanos em uma linha cosmopolita ou de sua globalização contra-hegemônica, partindo do diálogo respeitoso entre as diferentes culturas, segundo lastro em outra obra sua, “Por uma Visão Multicultural dos Direitos

de justiça consensual em que os envolvidos (suposto autor do fato e vítima) devem ser levados, por meio da mediação, mais ao diálogo e menos à discussão para resolverem o caso penal e o conflito penal, procurando fazer a cada ator do conflito (suposto autor do fato e vítima) conhecer pelo critério da *outridade*, a si próprio pela visão do outro. Essa postura filosófica de alteridade, permite cada qual se colocar na posição do outro, conhecendo um pouco mais o outro e, por conseguinte, a si próprio. É o conhecimento da diferença que faz a diferença na resolução dos conflitos.

³⁰¹ Convém lembrar, o que já esclarecido no intróito deste trabalho, que os itens ao sul concernentes à composição de danos foram objeto de pesquisa pessoal no Curso de Especialização em Ciências Criminais promovido pela Escola Superior de Advocacia (ESA) em convênio com a Universidade Federal do Pará (UFPA), sob o tema “Abordagem Dialógica Sobre a Composição de Danos nos Juizados Especiais Criminais”, desenvolvido e defendido sob a forma de monografia (não publicada), tendo sido, sobredita pesquisa, aqui, revista e ampliada, estendendo-se ao instituto da transação “penal” e aos JECs em seu aspecto institucional, ideário e real.

³⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 2002.

Humanos”³⁰³, na qual propõe a hermenêutica diatópica de propugnação eminentemente dialógica no escopo do autoconhecimento de cada cultura, reconhecendo-se a própria incompletude, pelo conhecimento de outras culturas (do outro), como mecanismo para a emancipação dos direitos humanos sem métodos imperialistas de globalização hegemônica. Desta segunda obra, a orientação sufragada não é tanto em seus fundamentos para a emancipação global dos direitos humanos, mas do método dialógico, permitindo a conversação com o diferente (com o *alter*), o respeito e a tolerância de um com o outro, no intuito de se restabelecer o diálogo entre os conflitantes e de se construir algo socialmente útil, como a segurança jurídica e o progresso social.

Boaventura propõe a (re)leitura, (re)construção, (re)modelagem da produção do conhecimento científico, rotulando a atual metodologia de produção do conhecimento – ainda positivista – como “paradigma dominante” e sua propugnação reconstrutiva do conhecimento como “paradigma emergente”³⁰⁴, método próprio do culturalismo.

O positivismo jurídico clássico foi fortemente marcado pelo jurista alemão Hans Kelsen³⁰⁵, propondo em sua Teoria Pura do Direito, a produção do Direito positivo, em busca da objetividade e neutralidade de sua aplicação, considerando o Direito de forma avaliativa, neutra e fragmentada, anelando a produção objetiva do conhecimento científico positivista da época, mas que hodiernamente ainda muito influencia a produção do Direito e do conhecimento científico em geral.

O positivismo clássico, então, propugnava por um Estado de Direito, assim considerado porque suas leis obedecem ao processo legislativo constitucional, sendo, portanto, centrado no aspecto declarativo do texto legal, possuindo leis válidas porque democraticamente promulgadas e, por essa razão, somado ao poder coercitivo estatal, deveriam ser obedecidas, pois se o Legislativo foi eleito pelo povo, impõe dizer que o povo e o Estado devem obediência às suas leis, sem que o conteúdo do Direito, o sentido de justiça material e os valores sociais inerentes fossem considerados, visto que o positivismo clássico pregava que a

³⁰³ Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova Revista de cultura e política - Sumário governo & direitos*. n. 39. a. 1997.

³⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 2002.

³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

aplicação do Direito pelo juiz deveria ser de forma declarativa e avaliativa (como se isso fosse possível), no intuito de garantir-lhe a pureza científica.

O juiz, na concepção do positivismo kelseniano, só poderia declarar o que estava na lei, de forma descritiva, sem entrar no mérito da justiça substancial, ou seja, não competia ao magistrado perquirir se a lei era justa ou injusta (tanto que Kelsen chega a gizar que um grupo de bandoleiros que tomasse o Poder estatal para si, produziria Direito),³⁰⁶ pois o Direito deveria ser concebido pelo jurista com neutralidade (avalorativo) e objetividade, interessando-lhe apenas a norma pela norma, não sendo o aspecto substantivo da justiça, conquanto tenha reconhecido a sua importância, uma questão de preocupação do Direito, mas de outras searas do conhecimento como a moral, a Sociologia, a Política e a Filosofia³⁰⁷, das quais a

³⁰⁶ Sob o prisma kelseniano, subjetivamente não haveria diferença entre as normas do Estado e de um bando de salteadores, pois o grupo de salteadores, tal qual o Estado, detém força coercitiva, podendo usar até a violência contra os cidadãos para impor suas normas, quer sejam justas, quer, injustas. O que os diferenciava, objetivamente (embora subjetivamente fossem iguais), era que a ordem emanada do grupo de salteadores não possuía como fundamento outra norma de validade, enquanto que o Estado possuía. Era pressuposto de validade de uma norma inferior, outra superior. No prisma kelseniano, o fundamento da Constituição era o Poder Constituinte, não por uma questão de legitimidade pertinente à soberania popular, e sim de manifestação de poder coercitivo globalmente eficaz. Dessarte, o fato de o Poder Constituinte, no ato da elaboração da Constituição, monopolizar o poder estatal era fundamento de validade do material legislativo por ele produzido formalmente. Objetivamente, para Kelsen, a norma (comando) do salteador se distinguia da norma estatal apenas pelo fato de que esta possuía pressuposto de validade, ou seja, uma norma superior que a fundamentava (procedimento legislativo previsto na Constituição), ao passo que a ordem do salteador não encontrava espeque em nenhum pressuposto de validade, embora ambas fossem normas (comandos) que determinavam, sob a ameaça de um mal grave, um dever aos cidadãos. Pelo prisma do conceito formal, Kelsen admite que se o grupo de salteadores passasse a monopolizar os meios de coerção, tal qual o Estado, a ponto de adquirir o poder de impor, eficazmente, suas normas a todos os cidadãos, sob a mesma ameaça de um mal grave, essas normas, embora injustas, arbitrárias e contrárias aos anseios da maioria ou que permitissem discriminação contra minorias, passariam a ter validade. Essa súcia, então, comporia a cúpula do próprio Estado e estaria a produzir normas “jurídicas” (“Direito”), enquanto globalmente se constatasse em suas mãos o domínio dos meios de coerção e a falta ou impossibilidade de resistência dos cidadãos, vendo-se, coletivamente, compelidos a obedecer-lhes. Kelsen entendia que o fundamento de validade do fundamento de validade da norma (ordem do Estado), mesmo se proveniente de um grupo de bandidos capitaneando o poder estatal, era determinado pela eficácia global dessa norma, fundada no monopólio do poder e dos meios coercitivos. Portanto, enquanto a sociedade concordasse com essas normas, não apenas por anuência espontânea, mas também por submissão e receio do mal renunciado no texto normativo, essa norma seria globalmente eficaz, conquanto injusta, até que os cidadãos se insurgissem contra ela. A diferença entre o grupo de meliantes e o Estado se resumiria, objetivamente, apenas em se saber quem é o mais forte. Se o Estado for mais forte, as regras do grupo de salteadores não gozarão globalmente de eficácia, logo, não serão normas “jurídicas”, mas caso eles consigam controlar o poder estatal, monopolizando os meios de coerção, passarão a criar normas, tidas por Kelsen, como “jurídicas”, pois, sem analisar seu conteúdo moral, importava-se apenas com a consciência social de obediência a essas normas, decorrente do receio da sanção renunciada pelo grupo, tal qual o Estado da mesma forma impõe as normas que elabora. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984. pp. 79-80.

³⁰⁷ Acerca da interdisciplinaridade, Barroso pondera: “O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que

ciência jurídica estaria apartada pela produção fragmentada do Direito, assim como das demais searas do conhecimento científico.

No estágio do culturalismo, hoje em ascensão, Dworkin³⁰⁸, na esteira de Boaventura, desponta com idéias de produção sistêmica e argumentalista do Direito, considerando a sua contextualização com as demais ciências e a Filosofia, recomendando que cada juiz seja um filósofo, propondo, tal qual Maria Moraes³⁰⁹, a religação das diversas searas do conhecimento, pontificando que o Direito não pode e não deve ser estudado e aplicado de forma isolada, alienada e fragmentada; nega a neutralidade de sua aplicação, por decorrer de um empreendimento humano³¹⁰, cuja natureza é essencialmente subjetiva, o que, por conseqüência, nega a objetividade absoluta da produção do Direito como ramo científico, reconhecendo que ele é eminentemente político, sendo a questão de justiça substantiva indissociável de seu conteúdo, que deve ser valorativo, não se podendo conceber a mera aplicação objetiva por subsunção do fato à norma, de forma declarativa, sem que antes se passe por um processo de argumentação, considerando também os argumentos diversos e uma teoria do erro, e de ponderação de valores, colimando não a declaração pura e simples do texto legal no caso em questão, mas a promoção da justiça material pelo Direito no caso concreto.

O pecado da racionalidade científica do modelo dominante – argumenta Boaventura³¹¹ – é ser ela totalitária e ter negado o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautassem nos princípios epistemológicos e nas regras metodológicas de seu modelo, sendo esse apanágio do paradigma ainda dominante o símbolo da ruptura com os que o precederam, mas que por ser totalitária, acaba por implicar sua derrocada, observada dentro de um novo processo de construção do conhecimento que, paulatinamente, vem emergindo, arrimado na inexistência do conhecimento absoluto e imutável, sendo a razão totalitária um grande embuste.

Boaventura prega o retorno aos questionamentos sobre a importância e a necessidade do conhecimento científico, mas primordialmente sobre a contribuição

deverem inspirá-lo a possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 314.

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁰⁹ MORAES, Maria Cândida. *Pensamento eco-sistêmico – educação, aprendizagem e cidadania no século XXI*. Petrópolis: Vozes, 2004.

³¹⁰ Reale prega que o Direito é uma ciência cultural. Cf. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³¹¹ *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 2002.

da ciência para a vida de todos os seres humanos, seja ela positiva ou negativa³¹². O que impõe asseverar que as condições sociológicas e psicológicas do perguntar e do dialogar são muito mais complexas.

Mais importante do que produzir o conhecimento pelo método consentâneo, segundo a diretriz científica preestabelecida é produzi-lo indagando-se por que e para quê, ou seja, mais relevante do que o conhecimento do causalismo é o finalismo daquilo que se produz³¹³, o que permite identificar a relevância do caráter prático do Direito.

O método científico dominante espeda-se na redução da complexidade, *i.e.*, o conhecimento foi e ainda é fragmentado, o que é visto como um erro pela nova concepção do paradigma emergente. Nessa orientação, conhecer significa dividir as dificuldades, classificar, sendo regido por um rigoroso determinismo; a ciência moderna apóia-se na formulação de leis à luz de regularidades observadas; privilegia o “como fazer” em detrimento do “que fazer” ou do “por que fazer”; expulsa a intenção, por ser subjetiva, aspirando a uma observação isenta e acrítica, pois declaradamente neutra (embora na verdade nunca seja, visto que o homem, por ser sujeito, é naturalmente subjetivo) e “descomprometida”, ao tratar seu método de produção do conhecimento como fim em si mesmo, relegando a um segundo plano o próprio conhecimento em si (aspecto conteudístico), bem como a sua finalidade.

O correto é o procedimento metodológico ser, por sua própria natureza, meio de produção do conhecimento, e não o seu fim. Boaventura³¹⁴ esclarece que só se pode aspirar a resultados aproximados e a leis probabilísticas, visto que o rigor do conhecimento é estruturalmente limitado. O procedimento pretensamente neutro e fragmentado de produção do conhecimento inviabiliza a totalidade do real, pois este não se reduz à soma das partes em que as diversas ciências o dividem para observá-lo e medi-lo.

No paradigma emergente, o conhecimento tem como horizonte a totalidade, conquanto essa não possa ser alcançada dada a incompletude humana em todas as searas da vida, das ciências e da Filosofia. Logo, referido paradigma busca um conhecimento interdisciplinar que colima a transdisciplinaridade, ou seja, a

³¹² A visão de Boaventura coaduna-se com a preocupação de Reale quando afirma que mais importante do que saber o que é Direito é se saber para que ele é criado, interpretado e aplicado. Cf. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³¹³ Para Reale, o fundamento do Direito está em sua finalidade. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.

³¹⁴ *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 2002.

compreensão das ligações entre as diferentes disciplinas em busca de um conhecimento global e coalescente.

Boaventura labuta com a premissa de que todo conhecimento é um autoconhecimento. Assim, o conhecimento científico visa constituir-se em senso comum. A ciência pós-moderna reabilita o senso comum, reconhecendo que essa forma de conhecimento pode enriquecer a nossa relação com o mundo. Portanto, nada deve fugir ao método dialógico de produção do conhecimento científico nem mesmo o que se tem por conhecimento próprio do senso comum.

O senso comum, segundo Boaventura, é um conhecimento de importância considerada pelo paradigma emergente, pois é por meio dele que se dá sentido prático às ações humanas. Pode ser que o senso comum seja um conhecimento mistificado e mistificador, mas nada obsta seja ele ampliado por meio de uma conexão com o conhecimento científico.

Boaventura não apenas contribui teoricamente para a produção do conhecimento científico de modo geral, considerando todos os ramos científicos, segundo a obra até agora abordada³¹⁵, como em outra obra, sua doutrina é mais específica para a ciência do Direito, ao discorrer sobre uma visão multicultural dos direitos humanos de maneira global (contextual), como reforço ao guião emancipatório desses direitos de forma cosmopolita ou contra-hegemônica³¹⁶.

Nesta segunda obra, Boaventura propõe a promoção da hermenêutica diatópica, tendo por procedimento metodológico o dialogismo multicultural, partindo de algumas premissas, como a de incompletude de todas as culturas – assim como incompletas são as ciências isoladamente consideradas – e de que o diálogo deve incoar respeitando a alteridade, devendo nela também se posicionar, sem desígnio imperialista cultural de nenhum de seus interlocutores, lendo-se cada cultura por meio de seus próprios *topoi*³¹⁷, afastando a fragmentariedade das ciências, em particular do Direito, produzindo-se, dessarte, não um conhecimento jurídico-científico isolado, mas um conhecimento jurídico concrescente, de procedimento eminentemente dialógico, de cunho teleológico volvido à materialização do Direito justo, *v.g.*, a emancipação dos direitos humanos.

³¹⁵ *ibidem*.

³¹⁶ Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova Revista de cultura e política* - Sumário governo & direitos. n. 39. a. 1997. p. 105-122.

³¹⁷ Pontos de vista, premissas ou tópicos de validade geral dentro de dada cultura ou ramo do conhecimento.

Em suma, não apenas para a produção do Direito, mas de todas as ciências, o método científico emergente de produção do conhecimento global e crescente deverá ser o dialógico-reticular³¹⁸, sendo defeso o descarte sumário ou precipitado de qualquer conhecimento, até mesmo daquele que provenha do senso comum, sem que antes passe pela joieira dialogal, que, quanto ao Direito, deverá ter por aurora e crepúsculo hermenêutico e teleológico a consecução dos valores constitucionais³¹⁹, à luz do Direito justo (valor), que, ao se concretizar, plasmará em *ius vivens*³²⁰ a concepção material de Constituição.³²¹

3.2 Composição de danos em ofensa à qualidade do processo penal

Antes de adentrar na discussão doutrinária a respeito do trazimento da vítima para o espaço ou esfera penal (não se fala em processo na fase preliminar conciliatória), é bom lembrar que a vítima, embora não seja parte na quase totalidade dos processos penais, pois eles são de ação penal pública em sua maioria torrencial, não era, mesmo antes do advento dos JECs, completamente olvidada pelo legislador, fato observado em alguns dispositivos gerais do Código Penal, *v.g.*, o arrependimento

³¹⁸ O método dialógico de Boaventura está intimamente jungido à doutrina realiana perfilhada para a (re)construção dos JECs, pois tanto Boaventura quanto Reale laboram com o ideal de produção reticular e dialógica do conhecimento, o que impõe concluir que os referenciais teóricos ora adotados não apenas convergem como, sobretudo, coalescem no desiderato aqui abraçado: traçar um diálogo crítico-(re)construtivo quanto aos JECs.

³¹⁹ Barroso esclarece que a Constituição, além de ser um sistema em si, contendo sua ordem, unidade e harmonia, passou a ser um modo de olhar e interpretar o Direito: “Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão da Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 340.

³²⁰ “Direito Vivo – O direito ao cotidiano, tal como ele emerge não apenas dos documentos reconhecidos oficialmente em uma sociedade como jurídicos, mas ainda da observação direta da prática que ocorreu *a latere*, até mesmo contra o direito institucionalizado” (...) “Sobre ‘Direito vivo’ – 1. A expressão ‘direito vivo’ foi introduzida enquanto conceito por Eugen Ehrlich em sua *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913). Ele a define como ‘o direito que domina a própria vida, mesmo que ele não tenha sido impresso em proposições legais. A fonte desse direito é, em primeiro lugar, o documento jurídico moderno. Em segundo lugar, a observação direta da vida, do comércio, dos costumes e do uso, e de todas as associações, não apenas aquelas que o direito reconheceu, mas também aquelas que ele deixou passar ou desautorizou.’ (Ehrlich, 1936, p. 493)” Cf. in ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 267-268.

³²¹ Conceito constante do item 1.2.1.3 “Justiça material”.

posterior³²², em que o legislador prescreve a reparação do dano ou a restituição da coisa como condutas premiadas mais em função da pessoa da vítima do que do próprio agente da infração, embora este acabe conseguindo a redução obrigatória de sua pena por conta desse instituto (art. 16 do CP).³²³ O problema era que, até então, embora a reparação do dano surtisse efeitos na esfera penal (minorante [art. 16 do CP], atenuante [art. 65, III, *b*, do CP] da pena, extinção da punibilidade [art. 312, § 3.º, do CP] não se abria um espaço na Justiça penal para a sua realização.

Geraldo Prado³²⁴ defende a qualidade do processo penal, posicionando-se contrariamente à composição de danos no procedimento judicial preliminar antecipado ao processo penal – que para referido autor já é o processo penal – com a finalidade de extinção da punibilidade e, conseqüentemente, de impediente à instauração do processo penal.

Lopes Jr., firmando-se contrariamente à justiça consensual, ataca não apenas a composição de danos praticada nos JECs, como a transação “penal”, por entender, ao contrário deste trabalho, que a lógica da conciliação “transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo”,

³²² O artigo 16 do Código Penal, introduzido com a reforma da parte geral em 1984 pela Lei n.º 7.209, encontra-se assim vazado: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o arrependimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. No item 15 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, o legislador justificou a criação do instituto do arrependimento posterior da seguinte forma: “Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa”. Observa-se que a vítima foi considerada pelo Legislativo mais do que a pessoa do próprio delinqüente (termo empregado no sentido dado pelas Regras de Tóquio), mas não em detrimento deste, pois acabou beneficiado com a redução obrigatória de até dois terços de sua pena.

³²³ Fato também gizado por Greco ao lecionar que “Lembrou-se o legislador, aqui, de elaborar um artigo que atendesse mais às necessidades da vítima que propriamente aos anseios do indiciado, pois que, uma vez reparado o dano ou restituída a coisa até o recebimento da denúncia por ato voluntário do agente, sua pena sofrera uma redução de um a dois terços, amenizando, dessa maneira, para a vítima, as conseqüências da infração penal”. O arrependimento posterior também beneficia o agente em crimes culposos, *v.g.*, a lesão corporal, em razão de os crimes culposos não serem considerados violentos. Greco, ao enfrentar esse assunto, pondera “ser de boa política criminal a aplicação do arrependimento posterior [aos crimes culposos], lembrando sempre, como já esclarecido no item 15 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, que a sua criação foi levada a efeito mais com os olhos voltados para a vítima, do que para o autor da infração penal. Interessa, portanto, ao Estado, que a vítima se veja ressarcida, o mais rápido possível, dos prejuízos que lhe foram causados em virtude da prática da infração penal”. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. pp. 293-294, 303.

³²⁴ PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal*: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 95-96.

contribuindo para a “banalização do direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor”.³²⁵

A composição de danos, segundo Lopes Jr., deve ser buscada, tomando-se o cuidado de não se “transformar a justiça penal em sede de negócios de natureza patrimonial”, desvirtuando o princípio da “qualidade do processo”, mas sem o condão de evitar o processo penal, ou seja, o prejuízo deve ser reparado, mas o processo penal não deve ser obstaculizado por essa composição e, desde que infrutífera a transação “penal”, deverá ser instaurado, atendendo aos princípios do contraditório e da ampla defesa até culminar com a responsabilização pessoal do réu por meio de um juízo de proporcionalidade, que deve estar vinculado aos fins da pena, e não ao comportamento meramente processual do increpado.

Salo de Carvalho, ao discorrer contrariamente sobre o abolicionismo do Direito Penal e sobre a proposta dessa corrente penal quanto a se “devolver” à vítima o direito dela expropriado pelo Estado, ou seja, o direito às pessoas envolvidas no caso penal ao domínio de seus conflitos, manifesta também sua contrariedade à composição de danos e à transação “penal” nos JECs, por entender que a justiça consensual é uma nova fase de privatização do processo penal e que a “reparabilidade do dano pela via processual penal é (con)fundir as esferas de ilicitude e os graus quantitativos e qualitativos entre os ilícitos criminais e os demais”³²⁶.

A descriminalização da conduta, em vez da reparação dos danos na esfera penal, seria a solução para Salo de Carvalho, embora não se intitule paladino do abolicionismo penal, “tudo”, segundo ele, “para evitarmos a comercialização do delito através da sanção penal”³²⁷, pois a ação de reparação de danos “não pode correr no interior do necessário processo penal, que diz respeito fundamentalmente à tutela do réu”, visto que, segundo ele, o processo penal “é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados, e não da vítima”.

Ainda, segundo Salo de Carvalho, a justiça social direcionada à vítima é inadequada em sede de processo penal, mesmo tendo aplaudido e gizado a

³²⁵ LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100.

³²⁶ CARVALHO, Salo. “Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 148.

³²⁷ *Ibidem*, p. 149.

parêmia “direito penal mínimo, direito social máximo”³²⁸, tratando-a de “máxima garantista”, referindo-se ao delinqüente.

O nó górdio da questão está, então, em se saber se, no processo penal, o “direito social máximo” e a “máxima garantista”, realmente, dizem respeito apenas ao infrator, e não também à vítima. Já se afirmou ao norte que a vítima é uma personagem importante no procedimento preliminar de mediação do conflito penal destinado a minimizar e a humanizar o próprio Direito Penal, permitindo não apenas que os conflitantes se (re)conciliem, bem como que a pretensão de a vítima ser ressarcida de forma célere e eficaz seja promovida.

Solução melhor seria aplicar a fórmula utilitarista garantista de Ferrajoli: máxima felicidade possível à maioria não desviante (nela estão as vítimas) com o mínimo sofrimento necessário à minoria desviante (suposto autor do fato).³²⁹

Entende-se inexistir processo penal na audiência preliminar, consoante já demonstrado em item precedente. Logo, na audiência preliminar não há sequer partes, mas envolvidos, consoante terminologia acertadamente empregada no art. 71 da Lei 9.099/1995, também nominados, neste trabalho, de conflitantes. Gomes revela que “Não há, nesta fase, ação ou processo”, tratando-se de uma audiência preliminar considerada por ele como “ato pré-processual – assim como a própria transação penal”.³³⁰

Todavia, a utilidade (garantista) do instituto da composição de danos não é incompatível com a qualidade do processo penal pelos seguintes motivos:

a) O instituto da reparação do dano não é novo no Direito Penal, embora os juizados tenham inovado ao permitir que ele, além de ser possibilitado no espaço pré-processual penal, nos casos de ações penais privadas e públicas condicionadas à representação do ofendido, configure como causa extintiva de punibilidade;

b) A composição de danos não é causa extintiva da punibilidade nas ações penais públicas incondicionadas, em relação às quais a vítima não tem poder de disponibilidade, estando, portanto, esse efeito coarctado às ações penais privadas, cuja disponibilidade, por parte do ofendido, estende-se a todo o processo, e não apenas à fase procedimental preliminar conciliatória; também produz efeito extintivo da punibilidade nas ações penais públicas condicionadas, cuja disponibilidade, por

³²⁸ *Ibidem*, p. 150.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

³³⁰ Embora sobredito autor divirja deste trabalho por entender haver imposição de pena na transação penal. Cf. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 89.

parte da vítima, possibilita-se até enquanto não oferecida a ação penal pelo Ministério Público. Ora, como a composição de danos, para fins de evitação do processo penal, dá-se antes da ação ser ajuizada, a extinção da punibilidade por meio dela não veio com o intuito de ampliar o poder de disponibilidade da vítima, mas tão-somente a consecução de seu direito à reparação dos danos sofridos com duplo efeito imbricado, ou seja, a solução consensual dos casos penal (quixá até do conflito penal) e cível em um só procedimento judicial preliminar informal, mais célere e econômico do que os instrumentos tradicionais;

c) A composição de danos com efeito extintivo da punibilidade é o único instituto previsto no ordenamento pátrio que permite, a um só tempo, a consecução dos dois objetivos dos JECs: a reparação do dano e a evitação de medida privativa da liberdade, implicando memorar que os juizados humanizaram o Direito Penal, minimizando os seus efeitos sem reduzir as garantias processuais e sem pisotear direitos fundamentais; dando, assim, mais qualidade aos processos criminais, pois aqueles que efetivamente serão instaurados, sê-lo-ão pela impossibilidade da composição mediada, quer pela gravidade do crime, quer pelo não preenchimento dos requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva;

d) A informalidade do concerto preliminar entre vítima e suposto autor do fato permite que o ofendido não seja olvidado pelo Estado, que passa a se preocupar não apenas com a tutela genérica dos bens jurídicos, mas diretamente com a tutela específica do bem jurídico afetado, nem que seja para fins de reparação do dano ou de minimização das conseqüências geradas pela infração cometida;

e) Em audiência preliminar (extraprocessual), mas dentro de um espaço ou seara penal, quando a ação penal não é pública incondicionada, amiúde, os envolvidos põem fim ao caso penal, solucionando também o respectivo conflito, após desabafos e pedidos mútuos de desculpas sem a necessidade de nenhuma reparação de danos, sem que essa arena seja utilizada para açular a vingança privada ou alentar a negociação da administração da justiça penal, mas para o exercício da terapia, da educação, da tolerância, do perdão, do arrependimento, sendo a solução do conflito penal dada de forma interindividual pela mediação do diálogo entre os próprios envolvidos, após algumas palavras trocadas ali, face a face, sem a necessidade de nenhum valor pecuniário ser ofertado ou cobrado para fins de reparação, mesmo estando a vítima ciente de que poderia dar prossecução

ao procedimento legal passando à fase da transação “penal” e, consoante o caso concreto, ao processo penal propriamente dito;

g) Por não se tratar de devolver aos envolvidos o domínio de seus próprios conflitos, mas a possibilidade de, dialogando sob a intermediação de um juiz ou de um conciliador capacitado, solucionarem direta, pessoal e informalmente não apenas um caso penal, mas conflitos penais e cíveis supervenientes que decorrem de um conflito penal inicial mal resolvido ou decidido inadequadamente por uma sentença judicial após o epílogo de um constrangedor, estigmático e dispendioso processo penal que poderia ter sido evitado em nome da justiça material, da segurança jurídica e do progresso social;

h) Ao se permitir a composição de danos na esfera penal, não se está a (con)fundir esferas de ilicitudes nem de graus entre os ilícitos penal e civil, consoante pregado por Salo de Carvalho, mas estão sendo solucionados dois casos (até conflitos) de forma informal, racional, consensual, concomitante e econômica, em um só procedimento judicial, evitando que outros casos, penais e cíveis, advenham deste, bem como que um processo penal seja instaurado sem essas soluções justas e utilmente consentâneas, para se adotar, desnecessariamente, como resposta estatal, a submissão do réu ao processo criminal e à ulterior sanção penal, que se sabe, máxime quanto à prevenção específica, muita vez, inócua e iníqua;

i) A descriminalização de todas as infrações penais de menor potencial ofensivo ou da maioria delas, que constituem mais de 50% das infrações penais tipificadas no ordenamento jurídico pátrio, é a pior via para a obtenção da diminuição da criminalidade, que tem como um de seus vários fatores de crescimento a impunidade, sendo, portanto, mais útil e justa a composição de danos como solução pacífica e consentânea aos casos penais de competência dos juizados. Não se pode diminuir a criminalidade com a descriminalização de condutas legitimamente reprováveis do ponto de vista penal^{331, 332};

³³¹ É certo que a tipificação, por si só, não implica punição, mas, parafraseando Camelutti, a lei é uma arma municada nas mãos do Estado, não havendo necessidade de ser acionada para impor respeito, bastando, em muitos casos, a sua ostensividade. Camelutti, tratando de sanção, afirma que esta deve ser acrescentada ao preceito da lei, garantindo-lhe eficácia. A sanção é, assim, uma “imposição econômica do preceito”, pois é “a ameaça de um mal maior que o que lhe traz a observância”, ou seja, a sanção para prevenir o roubo impõe uma “penosidade do esforço inútil”, pois de nada terá adiantado o empreendimento criminoso, se o agente tiver por consequência a restituição da coisa, somada à submissão da pena. Neste ponto, interessa constatar a lição de Camelutti quanto à restituição ser uma sanção econômica de caráter preventivo, assim prelecionando “Só na medida em que a certeza da restituição, e, por conseguinte, da inutilidade do esforço que está para realizar,

j) O argumento de Salo de Carvalho de que o processo penal se presta “fundamentalmente à tutela do réu” não impõe a conclusão de que seja prestado exclusivamente para isso, até porque, respeitados os direitos fundamentais do acusado, o processo penal também tem por fim a aplicação de uma sanção penal, o que se busca evitar com a composição de danos ou, ao menos, minimizar essa consequência. Portanto, nada impede que a vítima seja trazida para a fase preliminar ao processo penal, a fim de compor os danos havidos em decorrência da infração penal perpetrada pelo suposto autor do fato, sendo, sim, relevante ao processo penal o interesse social de proteção à vítima, e não apenas a mera tutela abstrata dos bens jurídicos igualmente generalizados;

l) Em outro capítulo da mesma obra em que Salo de Carvalho afirma não se poder “devolver” a resolução do conflito à vítima, considerando que o homem abdicou desse direito (autotutela), transferindo-o ao Estado, o qual atua como um terceiro imparcial, assumindo a figura de substituto processual. Chies, acertadamente, pondera – contrapondo-se à opinião de Salo de Carvalho – que menos do que “devolução” do conflito à vítima, deve-se admitir o “envolvimento” desta “na resolução daquilo que também é seu”, o que Chies define como “compromisso de processo resolutório”³³³.

m) O conflito penal é entre o suposto autor do fato e a vítima, sendo levado ao Estado para solucioná-lo ou decidi-lo, assumindo, por sua conta, o conflito para si, mas quando o Estado, historicamente, expropria dos envolvidos o direito de participar da solução do caso penal, agindo como ente “imparcial” e “supraparte”, em nome da garantia dos direitos fundamentais dos conflitantes e da proteção do mais fraco, quer da vítima, no momento do crime; quer do réu, no processo penal como parte hipossuficiente, passa a considerar não apenas os interesses e valores dos

determine em quem tem a tentação de roubar um interesse a não roubar, é que a restituição opera no sentido de prevenir o roubo”, isso se dá pelo que ele denomina de “penosidade do esforço inútil”. Há uma certa semelhança entre restituir e reparar o dano nos JECs, pois do ponto de vista atinente à vítima, ela terá seu interesse em um ou em outro caso satisfeito. Não se está a dizer com isso que a composição de danos é pena, mas que no aspecto da prevenção à criminalidade ela atuará como fator desalentador se o agente houver o receio de uma perda patrimonial ou de uma resposta estatal que não compense a conduta criminosa. Cf. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 114-115.

³³² Beccaria afirma que mais do que o rigor da pena, a certeza da punição é fator dissuasório da criminalidade. Cf. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

³³³ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “É possível se ter abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialógica: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 193.

envolvidos, mas os do próprio Estado. Nessa posição, Chies afirma que “o Estado passa a ser parte no conflito, buscando a tutela de seus interesses e seus valores, mesmo em detrimento dos interesses e valores de qualquer das outras partes [...]”;

n) O compromisso de processo resolutorio, ou seja, a solução definitiva do conflito, é, exatamente, um dos objetivos dos JECs que, em vez de desqualificar o processo penal, dá-lhe mais qualidade ao procurar resolver o caso penal, não se limitando a, simplesmente, decidi-lo por meio da imposição da pena, mas sim de, afastando essa inflição como medida garantista e humanizadora, permitir que os envolvidos no conflito cheguem, amigavelmente, a uma resolução, evitando não apenas o processo penal que seria incoado, mas outros, tanto no cível quanto na seara penal – procedimento(s) ou processo(s) penal(is) –, decorrente(s) da continuação do conflito penal inicialmente instalado e, por vezes, acirrado com a instauração do processo penal sem prévia mediação e conciliação, mormente quando esse conflito instala-se na amplitude familiar ou vicinal;

o) A discussão quanto à composição de danos não deve adstringir-se apenas à limitação de direitos fundamentais, mas a como os ofertar de forma útil, válida, legítima e concreta nos JECs, provendo-se justiça material, segurança jurídica e progresso social;

p) Um fator de sucesso para a Justiça penal é o acesso concedido ao suposto autor do fato e à vítima a todos os direitos elados ao caso penal, o que se dificultaria com a limitação desses direitos ou com o esquecimento do ofendido;

q) A possibilidade de, por meio do diálogo mediado por profissional capacitado, os envolvidos, no caso penal, conhecerem melhor a si mesmos, por meio do conhecimento da *outridade*³³⁴, ou seja, o autoconhecimento pelo olhar interior do outro, vendo-se como se ele fosse (o outro), e não apenas a si mesmo,

³³⁴ O termo *outridade* foi adotado no sentido empregado por Warat na mediação, ao pontificar que ela “é, assim, uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entender a nós mesmos. Isso é o duplo olhar no outro, que permita chegar à nossa reserva selvagem (com esse conceito aponto todos os componentes amorosos e afetivos que ignoramos em nós mesmos) e a reserva selvagem do outro (o que o outro emocionalmente ignora de si mesmo). Enfim, é a *alteridade*, a *outridade* como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro. A *outridade* afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito, sem que exista a preocupação de fazer justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo. Nesse sentido também se fala em *outridade* ou *alteridade*: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, no litígio”. Cf. WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2. ed. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 83.

buscando elaborar as suas diferenças.³³⁵ Esse é um procedimento facilitado pela mediação do diálogo entre os conflitantes quanto aos sentimentos e motivações do outro, permitindo que cada qual se veja no lugar do outro, potencializando, dessarte, a funcionalidade e efetividade do Direito no inter-relacionamento dos indivíduos conflitantes, assim considerados também em seu devir, tratando-se o conflito penal de forma diferente tanto do litígio quanto do caso penal, consoante lição de Warat³³⁶, não mais em uma concepção de justiça adjudicatória, mas, agora, conforme prega Azevedo³³⁷, na de justiça restaurativa.

A utilidade (garantista) quer da mediação, quer da (re)conciliação na esfera criminal também não é incompatível com o Direito Penal, mas, ao contrário, salutar à escoreita solução dos conflitos penais.

Não se deve desconsiderar que o homem é um ser físico, emocional e espiritual, tendo o direito não apenas de ter reconhecido seus sentimentos pelo Estado, como de também os ter tratados pelo Judiciário, em caso de conflitos penais intersubjetivos, *a fortiori* com o reconhecimento de que os sentimentos integram o rol dos direitos humanos de quinta geração.³³⁸

É de se reconhecer o ser individual e sua existência própria, dentro de uma concepção mútua de caráter individual e de alteridade, para a consecução do progresso social, obrando-se pela felicidade alheia, como proposto por Kant³³⁹ a título de imperativo categórico. Laborar pela felicidade, à luz do utilitarismo garantista, é maximizar felicidades sempre, ainda que, em relação a alguns, *v.g.*, os supostos

³³⁵ Barroso, entre outros esclarecimentos acerca da dignidade da pessoa humana, afirma que esse princípio constitucional representa a superação da intolerância, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar". Conclui que entre "as vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira", está como desvio desse ideal a "*Desigualdade filosófica*: o vício nacional em buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo", propondo para o aprofundamento democrático "o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusivo de toda a gente". Por isso, entende-se que o Judiciário deve abrir um espaço para mediar e solucionar os conflitos penais, possibilitando a (re)conciliação entre os conflitantes. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 334-335 e 341-342.

³³⁶ *Ibidem*, p. 81-83.

³³⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. "O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais". In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 143.

³³⁸ O próprio utilitarismo garantista labora com os sentimentos de felicidade máxima e de sofrimento mínimo necessário. Por essa razão, é força anotar a relevância da mediação como fase antecedente das propostas conciliatórias nos JECs.

³³⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática: texto integral*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006.

autores do fato, só se consiga esse objetivo com a diminuição, ao máximo, de seu sofrimento, deixando-lhe essa solução a seu próprio talante e conveniência.

Tudo que o homem cria e constrói fá-lo em busca da própria felicidade. Assim é com o Direito, cuja tríplice finalidade é a segurança jurídica, o progresso social e a justiça. Essa tríade teleológica vai à busca da felicidade humana. A felicidade individual em sua plenitude, na visão kantiana, deve ser alcançada laborando-se pela felicidade alheia. Obrar pela felicidade dos outros é obrar pela própria, pois significa labutar pelo bem-estar da coletividade, completando-se, assim, o homem como ser individual e social.

O homem, que é um ser racional, existe como um fim em si mesmo. Ele não é nem deve ser tratado como meio para se alcançar alguma coisa, mas sim deverá ser tratado como fim, pois ele já é o fim absoluto do Direito. Nesse postulado, reside o imperativo categórico kantiano³⁴⁰ (de cunho utilitarista³⁴¹), que pode ser resumido em duas palavras “sê justo”.

Importante é cotejar as críticas da doutrina do Direito Penal mínimo, segundo os autores supracitados, com as suscitadas pelos abolicionistas Hulsman e Celis,³⁴² identificando, entre outras, como falhas do sistema penal – ineficiente na resolução dos conflitos, servindo de fábrica de criminosos – que o sistema adotado quanto à contenção dos conflitos pela punição de condutas não atende às vítimas que buscam por soluções reparatórias, por isso é ineficaz.³⁴³

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ O utilitarismo kantiano propõe o bem-estar e a felicidade individual como resultado da promoção da felicidade alheia, pois, é obrando pela felicidade alheia que o homem constrói a própria felicidade. Segundo Mora, um forte representante do “utilitarismo” das regras foi Kant com seu imperativo categórico, no qual pregava: “‘Opera somente segundo a máxima pela qual possas querer ao mesmo tempo que se converta em lei universal’ como segue: ‘Opera somente quando a máxima que, como pessoa humana e benévola, gostarias de ver estabelecida como lei universal’”. Cf. MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV (Q-Z). 2. ed. Trad. Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno e Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2004. pp. 2960.

³⁴² Esses autores, embora sendo abolicionistas, constatarem algo importante que reflete o pensamento deste trabalho e a necessidade de promoção da justiça restaurativa: “O que querem essas vítimas é obter reparação e encontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia. Esta talvez seja a revelação mais inesperada deste tipo de experiência. As pessoas em dificuldade e na dor têm, antes de tudo, necessidade de **alguém que as escute**. Quando pessoas compreensíveis e amigáveis lhes permitem se expressar com calma e melhor se situar em seu conflito, um pouco de seu problema já está resolvido” (grifo dos autores). Cf. HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 119.

³⁴³ É certo que Hulsman e Celis, por serem abolicionistas, propõem que a reparação se dê na esfera cível, e não penal. Contudo, interessa constatar que eles vêem como uma falha do sistema penal a exclusão da vítima no esforço estatal de se solucionar o conflito penal pela via tradicional do processo penal, fato que, segundo proposta deste trabalho, pode ser remediado com os JECs.

Ainda sobre a necessidade de mediação como importante mecanismo de solução do conflito penal e de promoção da justiça restaurativa, convém suscitar Carnelutti que, ao discorrer sobre as relações jurídicas e a igualdade, plasmou lição plástica ao tema vertente:

[...] a percepção de dois ou mais entes, em vez de um só, determina em nós não só sensações de cada um deles, como um confronto entre elas, de que resulta o conceito de igualdade, com todos os seus acessórios (desigualdade, semelhança, diversidade).³⁴⁴

Ora, é justamente esse tratamento mais justo, adequado e eficiente, encampando a vítima na preocupação com a promoção da justiça restaurativa e com a solução do conflito penal, que os JECs se propõem, laborando com a inclusão, e não com o alheamento.

Zaffaroni e Pierangeli³⁴⁵ criticam a negligência (na esfera penal) quanto aos bens jurídicos da vítima efetivamente afetados, esclarecendo que a prevenção especial, como função do Direito Penal, também deve dar-se em relação ao sujeito passivo como forma de garantir a segurança jurídica.

Nessa esteira, Bitencourt advoga que a histórica separação das jurisdições civil e penal quanto ao direito da vítima à reparação, “longe de constituir um *acerto*, representa, na verdade, uma *aporia do passado*, que urgia se começasse a removê-la” (grifos do autor). Assim, o doutrinador em lume parabeniza a Lei 9.099/1995 por ter adotado o “*sistema*, ainda que excepcionalmente, de ‘*cumulação das jurisdições*’”, dando uma “importância extraordinária para a *reparação do dano ‘ex delicto*’, [...] tornando-a prioritária em relação à composição de dano”, arrematando que o ordenamento jurídico penal voltou “seus olhos míopes, ainda que tardiamente, para a desventurada vítima”.^{346, 347}

³⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 48.

³⁴⁵ ZAFFARONI e PIERANGELI aplaudem a institucionalização, em alguns países europeus, da pena de “multa reparatória” impondo, ao infrator, o dever de pagar um percentual sobre seu salário ao sujeito passivo ou aos respectivos herdeiros. Embora a “multa reparatória” não se identifique com o instituto da composição de danos, demonstra a preocupação desses autores em satisfazer direitos e interesses da vítima no processo penal. Cf. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 113.

³⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: dos crimes contra a pessoa*. 8. ed. rev. atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 82.

³⁴⁷ Bitencourt também parabeniza a criação da “multa reparatória”, prevista no Código de Trânsito Brasileiro (art. 297 da Lei 9.503/1997), como mais um instituto penal em favor das vítimas de crimes de trânsito, consistindo em efeito civil da sentença penal condenatória correlata a esses crimes, toda vez que for demonstrado, no processo penal, prejuízo à vítima, em montante não superior a referido prejuízo e dentro dos limites fixados no § 1.º do art. 49 do CP. *Ibidem*, p. 82.

Fernandes, conquanto reconheça o *animus* resistente da doutrina pátria, afirma que “em que pese a resistência, vai-se firmando tendência em admitir, de maneira mais ou menos ampla, a resolução da questão civil em processo penal”.³⁴⁸

Reale, ao indigitar o *personalismo* em sua teoria do culturalismo jurídico personalista, adota como critério mais consentâneo do que o individualismo e do que o coletivismo apriorísticos para a interpretação do Direito, o valor da pessoa como “medida da individualidade” assim como fonte, medida e valor fundamental do próprio Direito, esclarecendo que “a relação entre ‘um eu’ com ‘um outro’ (*alteridade*) é o fundamento da Ética”, pois “quando um indivíduo se coloca perante outro, respeitando-se reciprocamente [o que seria um efeito e papel da mediação], ambos se põem como pessoas”.³⁴⁹

No epílogo deste tópico cumpre indagar: sendo cediço que a reparação do dano é um velho instituto do Direito Penal pátrio, previsto expressamente na legislação penal³⁵⁰, em vários dispositivos, até com efeito extintivo da punibilidade, sendo praticamente incontestado pela doutrina até antes do advento dos JECs, seria, realmente, razoável, impedir a efetividade desse instituto de Direito Penal nas fases pré-processual e mesmo processual penal? Não se constata lógica em se prever na doutrina e na legislação penal o instituto da reparação de danos com efeitos incidentes sobre o processo penal e, paradoxalmente, relegar-se esse instituto à esfera cível ou a acordos particulares, inadmitindo-se sua efetividade até mesmo na fase pré-processual penal dos JECs, quando a composição de danos deveria ser, por imperativo principiológico constitucional, estendida até a fase processual.

Os três fins do Direito, aplicando-se a TTD – assim se propõe –, seriam mais eficazmente concretizados, em prol, também, da justiça restaurativa, caso, em vez de se pugnar pela eliminação do instituto da composição de danos do âmbito dos JECs, bem como de se limitar a fase conciliatória ao estágio pré-processual da audiência preliminar como fez a Lei 9.099/1995 – linde esse, é força ressaltar, que não foi previsto pela CF/1988 –, fosse estendida a sua possibilidade até a fase das alegações finais do processo penal, impondo-se ao magistrado que, antes de

³⁴⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 171.

³⁴⁹ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

³⁵⁰ A título de exemplificação não exaustiva pode-se citar: a) no Código Penal: artigos 16; 33, § 4.º; 65, inc. III, alínea b, *in fine*; 78, § 2.º; 81, II; 83, IV; 312, § 3.º, 1.ª parte; b) art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/2003 (crimes contra a ordem tributária), etc.

possibilitar, às partes, a promoção de suas aduções derradeiras, proceda à mediação, refazendo a proposta conciliatória, colimando solucionar o conflito penal, (re)conciliando réu e vítima, se possível, com um “acordo de coração”.

3.3 Composição de danos como resgate da vingança privada

Wunderlich, ao discorrer acerca de sua impressão quanto ao “fracasso da Lei 9.099/95”, sustenta que quando o Estado avocou para si o direito de punir, abolindo a vingança privada, estabeleceu um avanço civilizatório necessário à concretização da proporcionalidade da sanção penal, afastando a possibilidade de aplicação desta pela vítima, diante da “hipérbole da paixão de seus sentimentos”, que, na mais das vezes, infligia sanções desproporcionais e irracionais com o que se concorda.

Entretanto, discorda-se de Wunderlich quando afirma que o Estado, ao erradicar a vingança privada, afastou a vítima do conflito, tendo sido “um avanço no sentido do distanciamento da vítima do conflito em que estava inserida”.³⁵¹

Em verdade, a vítima foi alijada do processo penal, mas nunca foi afastada do conflito penal correlato (do litígio, sim), que, aliás, além de bastas vezes continuar mesmo após a sentença judicial (condenatória ou absolutória), pode até ser acirrado pelo processo penal desnecessariamente instaurado ou pela excessiva lentidão deste.

Lopes Jr., entendendo que o processo penal nos JECs, na fase preliminar, foi privatizado com o trazimento da vítima para o cenário penal, argumenta que:

Também não concordamos com uma maior participação da vítima no processo penal, tendo em vista a contaminação pela elevada carga de ‘vingança privada’ que lhe é inerente. Igualmente perigosa é a *privatização do processo penal*, pela admissão da pretensão de uma acumulação de uma pretensão indenizatória (interesse que motiva o assistente da acusação). Não podemos é pactuar com o desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e *eficiente* (pelo caráter coativo), para a obtenção de um ressarcimento financeiro. Ora, para isso existe o processo civil ... Ademais, a autotutela e a autocomposição são figuras históricas e superadas.³⁵²

³⁵¹ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 20.

³⁵² LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101.

Referida crítica qualifica o ofendido, desde a audiência preliminar, como “parte” que “litiga” em busca da reparação do dano, sob a alegação de que esse fato teria resgatado a “vingança privada” ou, ao menos, esse sentimento, o que deveria permanecer abolido do sistema jurídico-penal, por constituir um modelo de “privatização do processo penal”, pela admissão da cumulação da pretensão indenizatória com a pretensão punitiva estatal.

Asseverou-se acima inexistirem processo penal, partes e litígio penal na fase pré-processual da audiência preliminar, por ausência de ajuizamento de ação penal. Portanto, o equívoco da crítica assenta-se em uma falsa premissa, incorrendo em uma petição de princípio.³⁵³ Observa-se que Lopes Jr., ao discorrer sobre a “justiça negociada”, afirma tratar-se de “uma **degeneração do processo** ou até mesmo de uma **alternativa ao processo**”³⁵⁴ (grifos do autor). Infere-se, dessa asserção, gizada pelo próprio autor, que ele não está bem certo quanto à natureza processual da audiência preliminar nos JECs.

Chies pondera que se deve admitir o “envolvimento” da vítima “na resolução daquilo que também é seu ... Ou seja: menos em devolver e mais em envolver, vez que se sou parte do conflito, parece-me legítimo que também tenha parte na solução”³⁵⁵. Neste ponto, convém exaltar que a solução deve ser mediada pelo Judiciário, sendo um exagero retórico afirmar-se que esse direito-dever estatal foi transferido ou “devolvido” à vítima.

Dever-se-ia, sim, indagar quanto ao acerto ou não de se carrear à esfera da Justiça penal (JECs) o conflito penal para uma solução de cunho cível, pois a

³⁵³ “Petição de princípio é um sofisma que chega a uma conclusão aparentemente lógica e verdadeira, partindo de uma falsa premissa como também se verdadeira fosse. Ele, como todo sofisma, é produzido com a intenção de iludir, levar ou manter em erro a concepção de alguém sobre algo ou sobre outrem. A conclusão a que chega a petição de princípio não pode ser demonstrada pelo mesmo argumento que a propiciou, pois já parte de uma falsa premissa. Para Aristóteles, é o ‘erro lógico que consiste em tomar por estabelecida, sob uma forma um pouco diferente, a própria tese que se trata de demonstrar’”. Cf. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Trad. Fátima Sá Correia. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 815.

³⁵⁴ LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 116.

³⁵⁵ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “É possível se ter abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 193.

composição de danos é eminentemente cível, mesmo que se dê efeitos de Direito Penal no tangente à extinção da punibilidade em alguns casos.³⁵⁶

Ora, se esse procedimento preliminar evita os efeitos psicológicos deletérios, o constrangimento desnecessário e os estigmas sociais do processo penal, tanto que delegados, advogados, promotores, juízes e até os envolvidos no conflito penal da competência dos JECs, por vezes, chegam a afirmar que “é só um TCO”. Sendo assim, por que não se permitir a composição de danos na esfera judicial penal antes mesmo do processo penal ser instaurado se o lema do garantismo penal, à luz da doutrina de Ferrajoli³⁵⁷, está sendo atendido: maximização dos direitos fundamentais (sobretudo das liberdades) e minimização da intervenção punitiva estatal?!³⁵⁸

O problema de se conceber e de se administrar a justiça também é um problema de paradigma conceitual. Importa saber o que é justiça e que nenhum pensamento científico pode fugir ao inter-relacionamento de conceitos nem ficar alheio à emolduração jerárquica anterior desses conceitos. O que leva à conclusão de que quando o paradigma está errado, as produções legislativas, interpretativas, doutrinárias e as decisões em geral, desembocam na mesma (má) sorte.

Marcos Rolim leciona quanto à justiça restaurativa que:

[...] pensamos dentro de ‘lugares’ mentais, espaços de ordem e sentido, que organizam e limitam o entendimento. [...] Esses “espaços mentais” são os nossos “paradigmas”. Normalmente, quando nossas idéias não conseguem mais dar conta dos fenômenos, a tendência é reformá-las, mas dentro do mesmo paradigma.

Omissis.

No mundo inteiro, experiências com um modelo alternativo à Justiça Criminal - que se convencionou chamar “Justiça Restaurativa” - têm sido realizadas com resultados cada vez mais animadores. Os princípios desta Justiça estão situados para além da punição e suas metas fundamentais

³⁵⁶ Mesmo antes dos JECs, a renúncia ou a desistência da representação ou da queixe-crime já poderiam ser consumadas por algum ato da vida civil com reflexos, portanto, no espaço ou no processo penal, v.g., o convite da vítima encaminhado àquele que dias antes a havia ofendido para participar da festa de seu aniversário ou casamento. A incompatibilidade da perseguição criminal privada ou do desejo desta mediante representação com o comportamento exteriorizado pela vítima é indigitada como, conforme o caso, renúncia ou desistência tácita desses direitos.

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

³⁵⁸ Na mesma esteira de Ferrajoli, Alexandre Wunderlich, embora seja contrário à composição de danos na seara penal, afirma que quando “o conflito chega à justiça [...] merece ser solucionado à luz de um modelo de garantias que se legitima como um sistema de poder mínimo, no plano político, capaz de minimizar violência e de maximizar liberdade”. Cf. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27.

são a reparação do mal e a sua prevenção. Uma abordagem que encerra uma promessa tão revolucionária quanto generosa.³⁵⁹

O paradigma tradicional da justiça pela punição implica um resultado que “não altera a vida das vítimas”, sendo, em relação a elas, inócuo e até iníquo. A vítima anula-se, suicida-se ou, em busca de vingança e/ou de solução para seu caso penal, fere e até chega a matar aquele que antes fora seu agressor. Por isso a mediação e a composição de danos são ganhos relevantes atribuídos ao Direito Penal pátrio, desditosamente, ainda restritos às infrações de menor potencial ofensivo.

Permite-se uma reflexão crítica sobre o modelo de justiça penal e sobre a segurança, de forma geral, no Brasil, ao serem analisadas as propostas pacificadora e (re)conciliatória pelo método mediatário próprios da justiça restaurativa como novo paradigma da justiça penal. Essa nova proposta de justiça não veio remendar o paradigma conservador e renitente da justiça adjudicatória e punitiva, mas se opor criticamente a ela, fazendo valer a parêmia de Gustav Radbruch, citado por Gomes Pinto: “Não temos de fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim de fazer algo melhor do que o Direito Penal”.³⁶⁰

O Estado deve permitir, às vítimas, um espaço na seara penal para solucionar o conflito penal no qual se encontram e nele estão por obra do suposto autor do fato, “porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade”, sob pena de elas figurarem também como vítimas da omissão estatal.

Quem ainda labora com o paradigma quanto à concepção de justiça retributiva (do mal pelo mal), gerativa da inarredável punição como imposição de um mal, necessita passar por um processo de metanóia paradigmática (mudança mental de paradigmas), reconhecendo o ofendido como legítimo e imprescindível ator não apenas do conflito penal como também dos procedimentos e processos penais instaurados para sua resolução.

Na fórmula do utilitarismo garantista, reformado por Ferrajoli³⁶¹, ele não considera a pessoa da vítima de forma expressa (conquanto ela esteja no contexto dos não-desviantes), mas contribui para avigorar a proposta deste trabalho ao

³⁵⁹ ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa*, 2006. Disponível em <www.rolim.com.br/2006/index.php>, consulta feita em 30/6/2006.

³⁶⁰ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal*. Disponível em http://web.domhelder.edu.br/download/A_CONSTRU%C7%C3O_DA_JUSTI%C7A.pdf., consulta feita em 8/6/2008.

³⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

apostolar que o homem, sendo desviado ou não, possui sentimentos, devendo o Estado laborar para maximizar a felicidade dos não-desviados (vítimas, inclusive) e minimizar o sofrimento dos desviados.

O utilitarismo garantista pode ser bem realizado pelos JECs, sem cogitação de nenhum procedimento penal existente no ordenamento jurídico pátrio, pois apenas nos JECs se chama a vítima e o suposto autor do fato (conflitantes) para a solução do conflito penal por meio da mediação precedente e da composição de danos ulterior, buscando-se, ainda, evitar a aplicação de pena, mormente da privativa de liberdade, a instauração do constrangedor e, na maioria das vezes, o desnecessário processo penal, além de se evitar o estigma decorrente da condenação.

Negar a composição de danos nos JECs equivale a estorvar, ao menos, duas das finalidades do Direito Penal: a eficácia da tutela penal dos bens jurídicos e a evitação da vingança privada. O que impõe uma asserção contrária ao argumento crítico adversário, pois, na verdade, a composição de danos na esfera da Justiça penal, precedente ao processo, contribui como fator de evitação ou de minimização da vingança privada e até mesmo desse sentimento, quando precedentemente à fase conciliatória houver mediação.

Ainda que se pense em uma forma de legalização da saciedade da vingança vitimária – o que se aponta como uma postura filosófica não recomendada –, logo na audiência preliminar, esse sentimento, provavelmente, após a mediação, terá cobro ou será arrefecido, em relação a uma resposta mais imediata do Estado para o conflito penal em que se encontram os envolvidos, isso sem deixar de mencionar a composição de danos imbricada à fase mediatária precedente.

No processo penal, lembra Rolim, ao abordar a justiça restaurativa, “o centro das atenções é o réu a quem é facultado mentir em sua defesa”. A vítima, ressalvados os casos de competência dos juzizados, não interage na dinâmica processual nem em fase preliminar para fins conciliatórios. “Sua dor não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as conseqüências de sua ação. (O que perpetua nele todos os mecanismos pelos quais “racionaliza” o ato e diminui seu significado.)”

Portanto, à luz do paradigma dominante da justiça (apenas punitiva) com exclusão e esquecimento da vítima na dinâmica da intervenção estatal provocada pela ocorrência de ao menos uma infração penal, o problema sofrido pela vítima, durante e após a afetação de seu bem jurídico, “se tornará, a um só tempo, ‘técnico’

e abstrato porque tratado não a partir da necessidade de reparação da dor e da prevenção do mal, mas a partir da compulsão em ‘punir’; ou seja: de criar nova dor”.

Rolim anota que esse sistema têm um custo irracional, citando como exemplo os EUA. Lá, uma sentença de 5 (cinco) anos de prisão por um furto no valor de 300 (trezentos) dólares custa ao contribuinte cento e vinte e cinco mil dólares. Ainda assim, o pior custo apontado por ele, não é o econômico, porém, o de ordem moral: “de todos os inocentes acusados e absolvidos, dos inocentes condenados e depois absolvidos³⁶², dos inocentes condenados e dos que, mesmo culpados, foram sentenciados desproporcionalmente”.

Não se vê justiça no modelo tradicional de prestação jurisdicional em que a vítima é excluída, não recebendo a devida atenção na esfera penal, quando o ideário do Direito está em se harmonizar os conflitantes, e, na qual, antes dos JECs, instaurava-se um processo penal desnecessário para a persecução de infrações de menor potencial ofensivo, quase sempre fadado à prescrição por competir com crimes bem mais graves, submetendo o réu a um constrangimento e estigma social, igualmente, inócuo, mas que poderia ser evitado.

Antes dos JECs, eram alimentados, ao revés da segurança jurídica, do progresso e da justiça, sentimentos autênticos de insegurança, de insatisfação, de impunidade, de descrédito no Judiciário e, conseqüentemente, no Estado.

Não se propõe uma solução simplista, quase abolicionista, inexperimentada, que beira ao descaso com a segurança jurídica, de se discriminar praticamente todas as infrações de menor potencial ofensivo, mas sim o contrário, ou seja, propugna-se pela inclusão do ofendido no tratamento do conflito penal, na órbita dos JECs, promovendo-se a restauração do *status quo ante* – pois a justiça penal, na medida do possível, deve ser restaurativa –, por meio da mediação, da promoção da justiça almejada pela vítima, da segurança jurídica desejada pela

³⁶² Luigi Ferrajoli adverte que não apenas a cifra da ineficiência (cifra negra da criminalidade correspondente à impunidade decorrente do somatório dos delinqüentes injustamente absolvidos, dos crimes não investigados ou investigados, mas sem solução, dos casos de prescrição, etc.), como também a cifra da injustiça (inocentes que são condenados ou submetidos, injustamente, a um processo penal temerário) devem ser considerados na contabilidade dos custos da injustiça e da justiça no sistema penal. Aduz-se que na cifra da injustiça devem-se incluir os processos penais instaurados desnecessariamente em desfavor de “delinqüentes” (termo empregado no sentido das Regras de Tóquio) que em vez de processados deveriam ser tratados à luz da justiça restaurativa, consoante se pode propiciar por meio dos JECs com a mediação. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. pp. 195-196.

sociedade – pois segurança também é sentimento, e os sentimentos integram o rol dos direitos humanos de 5.^a geração.

O alto custo da Justiça Penal, impondo às infrações de menor potencial ofensivo, as mesmas formalidades cobradas em relação a crimes graves para ao fim acabar em prescrição, acirrava os ânimos dos conflitantes, muita vez evoluindo para crimes mais graves que poderiam ter sido evitados com a mediação do conflito penal ainda no berço.

Bobbio³⁶³ pontifica que descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra é garantir-lhes proteção efetiva conforme as pretensões se intensificam, o que dificulta a respectiva satisfação. Assim, não se pode alijar do procedimento judicial de solução do conflito penal a vítima, por ela ser justamente a pessoa que se encontra na situação de sujeito passivo (que sofre) do crime. É como desejar acabar uma guerra, tentando convencer apenas um dos lados.

Os JECs vieram para democratizar ainda mais o Judiciário, permitindo a todos ampliar o exercício da cidadania. Às vítimas, possibilitou a reparação dos danos sofridos, de forma mais célere e econômica; aos supostos autores do fato, a certeza de não sofrerem constrangimentos desnecessários, muito menos os estigmas sociais resultantes de um processo penal, além da oportunidade de poder suavizar o sofrimento do ofendido, quer como ato de sincera resipiscência, quer por pura conveniência.

As três finalidades do Direito, conquanto por vezes se dialetizem, não se excluem, mas se coalescem. Quando atendidos na concretização do ideal de construção do Estado (Social) Democrático de Direito, os fins do Direito passam da coalescência à concrecência, edificando referido Estado, materializando a Constituição e tornando as pessoas melhores do que já eram, pois a construção e a interpretação do Direito devem estar subordinadas aos fins da vida humana, considerada nos aspectos individual e social.

A TTD, aplicada aos JECs, permite a resolução – por meio do conhecer e do agir envolvendo o *ego* e o *alter*³⁶⁴ – de um problema filosófico de caráter teleológico,

³⁶³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³⁶⁴ Esses termos foram empregados por Reale no sentido de que se o homem é um ser que também é seu dever ser, então a sua autoconsciência exige o reconhecimento da dignidade alheia servindo a um bem social ideal. Em suas palavras: “Sendo um ser, cuja autoconsciência exige o reconhecimento da correspondente dignidade alheia, o *bem* do homem não pode deixar de ser

denominado por Reale de “problema ético”, qual seja, o fato de que as conquistas científicas – incluindo as do Direito, como, *v.g.*, o princípio da legalidade na condição de um dos fatores da segurança jurídica – devem desembocar no progresso da sociedade, ou seja, no “aperfeiçoamento moral da humanidade e na determinação essencial do valor do *bem* [a ser realizado *in fieri*], quer para o indivíduo [ser que age como único ser que se conduz pela razão], quer para a sociedade”.³⁶⁵

Os três fins do direito são irrealizáveis sem uma boa porção de justiça material. A Filosofia do Direito, embora não se reduza à Axiologia, tem-na como nuclear, pois criticar, segundo Reale, implica valorar. O problema do valor está no centro da Filosofia do Direito, qual seja, a concepção crítica do que é justo dentro de uma dada realidade jurídica, história e sociológica, pois Direito também é e deve ser fato.

Todavia, Lopes Jr., ao criticar o que denomina de “justiça negociada” e o utilitarismo processual em busca de mais eficiência, por entendê-lo meio de coação, por ele apodado de utilitarismo “antigarantista”, afirma que a composição de danos é um “desvirtuamento do processo penal”, pois esse instituto convola o processo penal em uma “via mais cômoda, econômica e eficiente (pelo caráter coativo), para obtenção de um ressarcimento financeiro”³⁶⁶, quando para esse fim já existe o processo civil.

Infenso à resolução do conflito por meio da composição de danos e afeto, assim transparece, ao modelo tradicional de justiça adjudicatória, Wunderlich defende que “o afastamento da vítima, a fim de evitar a influência de seus anseios de vingança privada, é salutar para a resolução dos conflitos em que ela está inserida”,³⁶⁷ confundindo, assim, conflito penal com caso penal ou litígio penal.³⁶⁸

integração de duas perspectivas: a do *ego* e a do *alter*. Se [...] o *bem* consiste em servir a um valor positivo, o bem social ideal será em servir ao todo coletivo respeitando-se a personalidade de cada um, visto como evidentemente ao todo não se serviria com perfeição se qualquer de seus componentes não fosse servido. Na realidade, impõe-se preservar o bem do indivíduo como ponto final, como fim a que se deve tender de maneira dominante; mas, ao mesmo tempo e correspondentemente, é mister salvaguardar e acrescer o bem do todo, naquilo que o bem social é condição do bem de cada qual. Há, portanto, dois aspectos do problema do bem – um individual, outro social”. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 271-272.

³⁶⁵ *Ibidem*, p.35.

³⁶⁶ LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101.

³⁶⁷ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

³⁶⁸ Ver nota explicativa no item 3 deste capítulo.

O conflito envolvendo vítima (pessoa física) determinada precede ao caso penal nas infrações dolosas, ainda que por breve momento, como também pode continuar após a decisão do litígio penal.

Por isso, é preciso tratar, interiormente, o suposto autor do fato e a vítima para se propiciar a resolução, também, do conflito penal, não se podendo afastar o Direito Penal da vítima ou vice-versa, pois se ele existe, aí está justamente para tutelar os bens jurídicos da vítima *in concreto*, não apenas das vítimas *in abstracto*, como forma também de se empecer a vingança privada ou de, no mínimo, arrefecer os sentimentos que a alimentam.

Wunderlich afirma que quando “o conflito chega à justiça [...] merece ser solucionado à luz de um modelo de garantias que se legitima como um sistema de poder mínimo, no plano político, capaz de minimizar violência e de maximizar liberdade”³⁶⁹.

Sobredita asserção faz coro com este trabalho quando clama por um processo penal justo, que minimize a intervenção estatal desnecessária e maximize a liberdade, mas não no plano proposto por Wunderlich, pois quando ele considera a vítima como parte e a composição de danos como fase de um processo penal injusto, destoa do entendimento ora adotado de que nem a vítima é parte nem há processo penal na fase conciliatória, que, na verdade, precede-o sob a forma de procedimento judicial preliminar informal.

O mais importante mesmo é reconhecer a valorização da vítima pelos JECs, tendo o Poder Constituinte entendido, no art. 98, inc.I, da CF/1988, ser importante trazê-la ao cenário judicial penal na esperança de se mediar a conciliação entre ela e o suposto autor do fato, pois ambos são personagens de um mesmo conflito penal, não se podendo alijar desse quadro aquele que, parte ou não, foi quem sofreu diretamente as conseqüências da infração penal.

A proposta de Wunderlich com a assertiva nuper-citada não se coaduna com o entendimento ora adotado, pois advoga que nem todos os conflitos decorrentes de condutas desviantes devem ser levados às barras judiciais. Defende a descriminalização da maioria das infrações de menor potencial ofensivo, para que encontre resolução por outros meios que não o Direito Penal, propugnando em relação às infrações de menor potencial ofensivo que escaparem à joeira da

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 27.

descriminalização, que referidos conflitos sejam solucionados “por meios conciliatórios que compõem a sociedade pluralista”³⁷⁰.

Todavia, Wunderlich não esclarece bem quais meios seriam esses. Neste ponto, convém advertir que a autotutela e a autocomposição exercidas sem a necessária intervenção mediadora estatal, podem constituir fator de injustiça pela sobreposição do física, econômica e/ou politicamente mais forte, alimentando, aí sim, a vingança privada e desabrigoando os bens jurídicos que, penalmente, merecem ser eficientemente tutelados.

A propósito da solução dos conflitos penais dar-se fora da esfera judicial, segundo Wunderlich, quadra citar a lição de Carnelutti quanto ao tema “Composição ética do conflito”: “[...] o conflito se compõe por caridade ou por bondade de uma para com a outra, e sentimos nessa altura que a composição conduz verdadeiramente à paz”³⁷¹, ou seja, a composição extrajudicial entre os conflitantes se dá pela ética, que fala o que é justo a cada um deles. O problema da conciliação extrajudicial está que a consciência é a “ciência que está conosco” em relação àquilo que a regra ética fala, porém, “nem todos os homens [...] são sensíveis à sua voz”³⁷², daí a necessidade de o Estado intervir levando o conflito penal a um espaço judicial pré-processual para uma solução mediada e (re)conciliatória e, até mesmo, para a fase processual, consoante se propõe.

Enfim, os argumentos da doutrina infensa à composição de danos nos JECs não procedem pelos seguintes motivos:

a) Na audiência preliminar não há partes, não há ação judicial nem processo penal, mas envolvidos (suposto autor do fato e vítima) e um procedimento judicial preliminar exclusivamente de caráter conciliatório;

b) O atual sistema penal pátrio permite, por meio da ação penal exclusivamente privada e da ação penal privada subsidiária da pública, que a vítima assuma a posição de parte no pólo ativo da relação processual, sem deixar de mencionar também que nos crimes de ação penal pública incondicionada, a vítima, assistida de advogado, poderá habilitar-se como assistente de acusação,³⁷³ além

³⁷⁰ *Ibidem*, mesma página.

³⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 100.

³⁷² *Ibidem*, p. 103.

³⁷³ Fato lembrado por Aury Lopes Jr, conquanto também seja avesso a essa norma processual. Cf. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101.

da possibilidade de representação criminal nos crimes de ação penal pública condicionada ser um exemplo de possibilidade tanto do exercício quanto da disponibilidade da ação penal deixados pelo legislador ao livre talante da vítima. Portanto, não é coerente afirmar que a composição de danos seria um resgate da vingança privada, até porque não se pretende com esse instituto infligir nenhuma punição ao suposto autor do fato, mas, apenas, a reparação dos danos sofridos pela vítima ou a minimização desses danos, que, excetuando-se os casos de ação penal pública incondicionada, tem o condão de também extinguir a punibilidade;

c) Ainda que fosse o caso de se alimentar o sentimento de vingança da vítima – o que só se admite como hipótese trazida ao diálogo para fins de refutação –, essa “vingança” não seria privada, visto que estaria sendo proporcionada por meio de um procedimento judicial regulado, presidido e mediado pelo Estado, sendo oportuno lembrar que a sanção penal também possui caráter de vingança quanto a seu aspecto retributivo, pois visa pagar com um mal (a pena) outro mal perpetrado pelo réu (o crime);

d) A reparação do dano, mesmo antes dos juizados, já era um instituto do Direito Penal³⁷⁴, até então, não criticado pela doutrina infensa aos JECs;

e) O Direito Penal justo permite, não por meio do processo penal, mas de um procedimento judicial preliminar, que a vítima, sem figurar como parte processual, sem ação penal, sem petição formalizada, tenha oportunidade de falar, desabafar, debater, obter explicações, receber desculpas, liberar perdão, ser ouvida e ter reparado os danos materiais e morais decorrentes da afetação de seu bem jurídico pela infração penal.

O desígnio de promoção da ampla justiça, desde o procedimento preliminar, gera segurança jurídica a todos na sociedade, sem prejuízo da promoção de segurança jurídica concreta às vítimas e ao suposto autor do fato, pois aquela terá, quase imediatamente, reparados os danos sofridos, enquanto este não será submetido ao constrangimento de um processo penal caso repare o dano causado à vítima (salvo se a ação for pública incondicionada, ainda assim a reparação dos danos lhe servirá de minorante).

Conquanto o mal decorrente do crime, nessa fase precedente ao processo, ainda não possa ser imputado ao suposto autor do fato, a simples existência do

³⁷⁴ Muitos dispositivos penais prevendo a reparação do dano foram citados no item anterior.

dano já estará em sua consciência, tendo ou não praticado o ato (se fez ou se não fez), sendo ele conhecedor daquilo que melhor lhe convém na oportunidade, reparar de pronto o dano ou se defender em processo penal porvindouro, se for o caso de sua viabilização. A composição de danos, portanto, nesse aspecto, também promove, ao lado da segurança jurídica sobredita, bem-estar e paz social em adminículo ao progresso social, por meio da promoção da justiça material no caso concreto, satisfazendo a tridimensionalidade teleológica do Direito.

Mais importante do que a discussão hipotética do retorno periclitante à vingança privada é o resgate do diálogo entre vítima e suposto autor do fato, incluindo nessa necessária interação o diálogo sobre a possível causa do conflito penal entre eles e a proposição mediadora de meios para evitar a sua continuação.

A reparação do dano não apenas servirá para minimizar o sofrimento e os prejuízos da vítima, como também possibilitará ao suposto autor do fato sentir-se melhor com o cumprimento dessa obrigação, somado à satisfação de não dever mais nada a ninguém nem mesmo à Justiça.

Todavia, para atingir esse desiderato próprio da justiça restaurativa, Rodrigo Azevedo pondera que o objetivo do conciliador será menos o de fazer diplomacia no encontro preliminar entre os envolvidos e no confronto de suas versões contraditórias, devendo priorizar o “restabelecimento do diálogo, o secundário é a discussão”. Assim, para a justiça restaurativa e para a verdadeira solução do conflito penal, a obtenção de seu sucesso necessita de um forte compromisso de respeito dialogal entre os atores participantes da composição de danos (vítima, suposto autor do fato e conciliador ou juiz), “apelando à participação ativa das vítimas e dos agressores na busca de soluções”.³⁷⁵

Nesse diálogo, faz-se necessária a presença do representante do Ministério Público como *custos legis*, primando pela observância dos princípios e objetivos dos juizados, bem como pelos direitos fundamentais dos envolvidos.

Concorda-se com Lopes Jr.³⁷⁶ quando pondera que a violência não pode ser combatida apenas com o Direito Penal, pois máximo deve ser o Estado Social, e não o Direito Penal. Nesse ponto, ainda que sua doutrina seja contrária aos JECs, o

³⁷⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 124.

³⁷⁶ Cf. LOPES Jr., Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

argumento de Lopes Jr. acaba convergindo com as finalidades de progresso social e de justiça material do Direito, consoante são preconizadas neste trabalho, ainda que destoe quanto à afirmação retórica de referido autor de que nos JECs se promove utilitarismo “antigarantista”, pois ao se pregar a maximização do Estado Social, não se nega a importância do Direito Penal, mas tão-somente se propõe a sua minimização, *i.e.*, ele não perde a sua importância, muito menos a sua necessidade, podendo, até atender às aspirações do Estado Social por meio da composição em lume.

Os juizados também não podem ser comparados como mecanismos de implantação da política de “tolerância zero” antigarantista nova-iorquina, pois seus dois objetivos são o de compor os danos decorrentes da infração penal e o de não aplicar pena privativa de liberdade, principalmente quanto aos exemplos fornecidos por Lopes Jr. como fatores de muitas prisões em *New York* envolvendo: mendigos, pichadores e quebradores de vidraças.

No Brasil, a mendicância, quando não violenta, não deveria ser contravenção à luz do constitucionalismo, assim como a vadiagem. Cumpre anotar que mendigos, vadios³⁷⁷, pichadores e depredadores, segundo a Lei n.º 9.099/1995, não devem ser presos em flagrante, não devem ser indiciados nem processados criminalmente, se aderirem a alguma proposta conciliatória, conforme cada caso. Por isso, não se constata o alegado antigarantismo na justiça consensual, até porque, antes do advento dos JECs, o suposto autor do fato era, oficial e obrigatoriamente, submetido ao processo penal pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, ambos sobremodo mitigados com o instituto da conciliação a ser levada a cabo no caso de grafiteiros e depredadores por se tratar de crime doloso de dano.

Outro argumento contrário “à revitalização da vítima” no processo penal, lembrado por Geraldo Prado³⁷⁸, é o de que mesmo nos crimes que propiciam

³⁷⁷ As contravenções penais de mendicância não violenta e vadiagem não encontram abrigo na concepção constitucionalista do delito e já deveriam ter sido declaradas como tipos penais não recepcionados pelo Judiciário, por flagrante ofensa ao princípio da não-discriminação, considerando sua precedência à Constituição Federal em vigor. O fato de elas, atualmente, serem da competência dos JECs, não torna o Estado mais eficaz em sua atividade interventora, mas, se eles forem adequadamente capitaneados, atuarão como órgãos de limitação dessa intervenção, determinando imediatamente o arquivamento de todos os TCOs concernentes. A bem da verdade, antes dos JECs a intervenção era mais ainda grave do que os críticos apontam, pois se permitia a prisão em flagrante por vadiagem e mendicância, sem nem mesmo direito à fiança, dispositivo que ainda se encontra inscrito no art. 323, inc. II, do CPC (“Art. 323. Não será concedida a fiança: II – nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais”).

³⁷⁸ PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialógica: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 81.

conflitos interpessoais, a sociedade se apresenta como a mais prejudicada, o que seria comprovado com a regra geral de que as ações penais são públicas incondicionadas, tendo o Estado que as promover até contra a vontade da vítima, mesmo quando condicionada à representação, neste caso, se a ação penal já houver sido promovida, em razão da decadência do direito de retratação da representação pela vítima, não podendo o representante do Ministério Público, após o ajuizamento da ação, dela desistir.

Referida contrariedade à revitalização da vítima e de seu direito à reparação por meio do procedimento judicial preliminar, segundo Geraldo Prado, que, equivocadamente, indigita a vítima como parte prevalente na posição jurídico-processual, implicaria – assim ele reclama – o perigoso “risco dos procedimentos penais negociados” se convolarem em “comercialização dos interesses em jogo” e da própria administração da justiça penal.

Essa crítica, igualmente, não merece guarida neste trabalho, porque:

a) Sob o argumento da proibição da comercialização da administração da justiça penal, também, por igual argumento, ter-se-ia de admitir-se a proibição da composição de danos no juízo cível, visto que a administração da justiça, em nenhuma hipótese, pode ser objeto de comércio, independentemente da seara jurisdicional;

b) Em verdade, não é a administração da justiça penal que está sendo comercializada por meio da composição de danos em audiência preliminar dos juizados, mas os envolvidos (suposto autor do fato e vítima) em um caso penal interpessoal é que estão pondo cobro ao respectivo conflito penal por meio de uma conciliação civil na esfera penal;

c) Além do que já esclarecido, parágrafos acima, a reparação de danos, mesmo antes do advento dos juizados, já era instituto do Direito Penal, favorecendo o réu no processo penal até mesmo em sua fase executória (*sursis* e livramento condicional);

d) Negar a abertura do procedimento judicial – que não é penal – para fins conciliatórios, seria continuar resvalando a vítima ao descaso e ao abandono pelo Direito Penal, que dela continuaria apenas a se servir para fins meramente probatórios, como outra prostituta processual³⁷⁹, medida essa nada condizente com

³⁷⁹ Embora o ofendido não seja testemunha, o paralelo constante do texto faz referência ao epíteto doutrinário com que se denominam os testigos: “prostituta das provas” ou “meretriz das provas”. Cf. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*. v.4. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 367.

a utilidade pública, com o progresso e bem-estar social, com a segurança jurídica, bem como pouco promotora da justiça material que se deve buscar por meio de qualquer processo, incluindo o penal, embora aqui não se admita que a fase pré-processual, em que se realiza a composição de danos, seja de cunho penal, porque, efetivamente, não é;

e) Negar a possibilidade de composição de danos em procedimento judicial preliminar, estorvando, assim, que os envolvidos dêem, eles próprios, uma solução conciliatória ao conflito penal, sob o argumento de se tentar neutralizar a vingança privada, seria medida incongruente, pois, ao contrário de evitar a vingança ou o seu sentimento, alentá-la-ia, uma vez que a vítima continuaria olvidada pelo Estado, tendo de se submeter, por iniciativa, expensas e esforço próprios, a um prolongado e caro processo civil (mesmo que sem custas judiciais), assumindo o fardo de instruí-lo e de produzir provas em favor de sua justa e legítima pretensão, que, no âmbito penal são promovidas, gratuitamente, pelo Estado, mas que deixariam de ser no processo civil, nem mesmo o TCO lhe serviria de prova emprestada, pois devido à informalidade, pouca ou nenhuma prova nele é produzida quanto à autoria, além do que como o suposto autor do fato terá, possivelmente, direito à transação “penal” (caso abolida a composição de danos), nenhuma outra prova na esfera penal seria promovida, dificultando sobreposse a reparação de dano em favor da vítima;

f) Quando Geraldo Prado assevera que mesmo nos crimes que possibilitam conflitos interpessoais, a sociedade é a mais prejudicada, sob o fundamento de que a verdade dessa asserção está no fato de que a maior parte dos crimes é de ação penal pública incondicionada, permite a réplica de que essa conclusão desconsidera que o sofrimento causado pelo crime, à vítima, é individual³⁸⁰, bem

³⁸⁰ Boaventura, ao propor a hermenêutica diatópica como método de emancipação dos direitos humanos, permitindo o diálogo multicultural entre as diferentes culturas, ao cotejar os direitos humanos do ponto de vista ocidental com a visão de direito do Dharma hindu, preocupa-se com o sofrimento individual, esclarecendo que se partindo dos *topoi* do Dharma hindu, observa-se que o Direito ocidental é produzido dentro de uma visão simplista e mecanicista ao estabelecer a relação de direitos e deveres concernentes aos direitos humanos, pois para o Direito ocidental só se garantem direitos àqueles contra os quais são oponíveis deveres, não se admitindo, portanto, direitos à natureza, pois ela não tem deveres. Esse fato, para a cultura hindu, torna impossível a garantia dos direitos às gerações futuras, pois elas não possuem, ainda, deveres. Os *topoi* do Dharma permitem ver a incompletude do Direito ocidental, pois não estabelecem uma relação entre a parte (indivíduo) e o todo (cosmos), centrando-se no homem (indivíduo) que é algo derivado, assim como os direitos são derivados, em vez de se preocupar com o primacial, o dever dos indivíduos de encontrar na ordem geral da sociedade e no cosmos o seu lugar. Essa leitura diatópica, que coteja as diferentes culturas, permite, por sua vez, pelos próprios *topoi* do Dharma hindu, verificar também a sua incompletude, pois não são as sociedades que sofrem, mas os indivíduos. Como o Dharma busca uma harmonia mais geral, sem se preocupar com o sofrimento

como que nem todo crime perpetrado contra vítima individualizada é pressentido, sentido ou mesmo amargurado pela sociedade, pois embora o crime seja um fenômeno social, não se pode perder de vista que o conflito penal é, geralmente, intersubjetivo, logo, segundo Chies, a pretensa proibição da composição de danos é uma limitação imposta à resolução do conflito penal e ao que ele aborda como “constructo autopoietico”³⁸¹ do Direito;

g) Segundo Chies, cuja doutrina é favônia à composição de danos pelos JECs, não se adstringindo ao modelo clássico da justiça adjudicatória, “se é o conflito a demanda social que se lança à necessidade de resolução, e se não é esse o evento sobre o qual o sistema decide [...] o sistema resta por ser limitado ao ofertar respostas aos conflitos sociais”³⁸²;

h) Prender-se ao sistema posto de justiça adjudicatória equivale a desconsiderar as limitações desse sistema e mesmo a incapacidade de reconhecimento dessa limitação quanto às três finalidades do Direito, o que somente poderá ser alcançado, arremata Chies, por meio de outros sistemas ou, então, a partir de reestruturações do sistema em questão.

individual, acaba ocultando as injustiças sociais lá existentes. O sistema de castas, para o Dharma hindu, apresenta-se correto, se o todo vai bem, ou seja, se estiver harmônico, ainda que muitos indivíduos estejam sofrendo. A hermenêutica diatópica demonstra que a debilidade fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias rígidas entre o indivíduo e a sociedade, sendo vulnerável ao individualismo possessivo e egoísta, característica que se pode observar com nitidez acentuada no Direito norte-americano impregnado de individualismo exacerbado. Já a fragilidade da cultura hindu está em não reconhecer que o sofrimento humano tem uma dimensão individual irredutível, a qual só pode ser consentaneamente considerada numa sociedade não hierárquica e quase hermeticamente organizada em castas. O reconhecimento de incompletudes mútuas, arremata Boaventura, é *conditio sine qua non* do diálogo intercultural, da emancipação dos direitos humanos, da paz mundial, permitindo amplos debates ao elar línguas nativas distintas, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis, revelando, assim, a natureza reticular do Direito, não apenas do Direito interno, mas no âmbito global, como se houvesse um grande sistema jurídico constituído de muitos sistemas jurídicos dispostos em grupos ou categorias que, quanto mais se mestiçarem, mais tornarão homogêneo o grande todo sistêmico. Cf. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova Revista de cultura e política* - sumário governo & direitos. n. 39. a. 1997.

³⁸¹ Segundo Chies, “constructo autopoietico” do Direito é a possibilidade intelectual de ver e permitir na práxis que o Direito seja produzido e transformado dentro de seu próprio sistema, conforme o ambiente social no qual é aplicado, ou seja, que o Direito ganhe vida própria segundo a necessidade e a demanda social para a resolução eficaz dos conflitos sem que ele fique preso à tradição do próprio sistema, permitindo, assim, sua autotransformação. O termo “poiese” vem do grego, significando “criação”, unido ao prefixo “auto” quer dizer que o Direito deve ser construído ou criado dentro de seu próprio sistema ideal e fenomênico (social). Em outras palavras, não se deve limitar o Direito às palavras da lei nem ao sistema tradicional em que se encontra inserido de forma a tornarem-lhe defesas algumas transformações, salvo pelo sistema posto e na forma tradicional que esse orienta, mas permitir que o Direito viva segundo o ambiente no qual seu sistema está sendo aplicado, admitindo-se que ele ganhe vida com flexibilidade em relação à fórmula e ao modelo postos pelo sistema tradicional, podendo até “implicar no colapso de um sistema, em busca de sua reestruturação ou substituição do mesmo”. Cf. CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoietico)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 182.

³⁸² *Ibidem*, mesma página.

A justiça material, nos conflitos penais, estará mais próxima de sua plenitude quando contiver um forte caráter restaurativo, propiciando, por meio da mediação, que se trate dos sentimentos dos conflitantes, conduzindo-os a um acordo de amor, na expressão de Warat³⁸³, ou a um acordo de coração, na ponderação de Chies³⁸⁴.

O trazimento da vítima ao procedimento judicial preliminar para fins dialógicos e conciliatórios foi, deveras, uma medida útil, possibilitando, mediante um procedimento informal e sem a instauração de nenhum processo judicial – nem penal nem cível – que os danos sejam reparados ou minimizados, sendo, ainda, oportuno consignar que o instituto da composição de danos veio materializar as recomendações das “Regras de Tóquio”, especialmente, as constantes nos itens 1.4 e 8.1³⁸⁵, espelhando, assim, não apenas a tentativa de materializar as aspirações do Poder Constituinte, como aspirações do sistema jurídico internacional.

A reparação dos danos, no procedimento judicial preliminar, evita a instauração de um processo cível para essa finalidade e, não sendo caso de ação penal pública incondicionada, impõe a incontinenti extinção da punibilidade do suposto autor do fato, impedindo, por conseguinte, a instauração de processo penal.

Portanto, o instituto da composição de danos passa longe de ser um resgate da vingança privada ou uma forma de comercialização da administração da justiça penal, mas, às avessas dessas críticas, figura como poderoso mecanismo, informal e econômico, sem nenhum caráter coativo, de promoção da justiça material e de utilidade (garantista) para a segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos envolvidos no caso concreto, além de contribuir para o progresso social com a solução conciliatória de conflitos penais, que atua como fator de edificação da paz e

³⁸³ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2.ed. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 80.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ O item 1.4 das “Regras de Tóquio” reza que: “Os Estados membros esforçam-se por aplicar as presentes Regras de modo **a realizarem um justo equilíbrio entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas** e as preocupações da sociedade relativas à segurança pública e à prevenção do crime” e o item 8.1 que: “A autoridade judiciária, tendo à sua disposição um arsenal de medidas não privativas de liberdade, tem em conta, na sua decisão, a necessidade de reinserção do delincente, a protecção da sociedade e **do interesse da vítima**, que deve poder ser consultada sempre que for oportuno” (grifou-se). Observa-se, nas “Regras de Tóquio”, a nítida preocupação internacional em se tratar com equilíbrio (leia-se processo dialético de complementaridade) três aspectos: os direitos do suposto autor do fato (delincente, segundo o item 2.1), os direitos da vítima e a sociedade quanto à segurança jurídica *lato sensu* (na qual se inclui a segurança pública), estando essa preocupação do Direito Internacional cônsona com a TTD, sendo, assim, como critério de justiça substantiva, essencial que a vítima seja trazida para o cenário judicial penal, a fim de que possa ser ouvida não apenas como meio de prova, mas para ser tratada em seus sentimentos, ter seu conflito penal e seus interesses correlatos, quando justos, atendidos pelo Estado. As “Regras de Tóquio” encontram-se em inteiro teor no site <www.jep.org.br/downloads/JEP/SistemaGlobal/regras_toquio.htm>, sob o título *Prevenção do crime e justiça penal*, acessado em 29 de fevereiro de 2008.

da ordem social, garantindo, dessarte, a tríade finalística do Direito, sendo certo que o sucesso dos Direitos Penal e Processual Penal deve ser determinado pela ampliação de acesso aos direitos concernentes ao caso penal envolvendo suposto autor do fato e vítima, e não pela respectiva limitação com a exclusão da vítima do procedimento conciliatório, ressalvando-se que também deve ser uma constante preocupação do Direito Penal a solução dos conflitos penais levados ao Judiciário por conta dos casos penais que lhe são apresentados, quer em caráter preliminar de conciliação informal pré-processual, quer em forma de litígio penal.

3.4 Preterição da composição de danos em favor da transação

Os JECs permitiram a substituição dos inquéritos policiais extremamente lentos e formais pela confecção informal dos TCOs em observância aos princípios da celeridade e da economia processual, trazendo a vítima para a composição do conflito na órbita de um procedimento judicial preliminar, tendo sido a reparação dos danos sofridos pela vítima proclamada pelo art. 62, *in fine*, como um dos objetivos dos JECs ao lado da evitação de aplicação de pena privativa de liberdade.

Na prática adotada pelos juizados de Belém e de outras unidades federativas, consoante testemunha Rodrigo Azevedo³⁸⁶, ao analisar a experiência sociológica dos juizados de Porto Alegre (RS), observa-se que a composição de danos tem sido, lamentavelmente, preterida, privilegiando-se a transação “penal” em razão de aquela gerar mais explicações aos envolvidos, possibilitando, ainda, debates, desabafos e discussões próprias da fase conciliatória, sobreposse necessários à composição e à resolução pacífica dos conflitos, preferencialmente, entre a vítima e o suposto autor do fato, até porque a mediação começa com a proposta de composição de danos, mas, na prática, a conciliação não se dá pela mediação, e sim pela propositura judicial automática e unilateral de propostas conciliatórias sem um mínimo necessário de diálogo.

³⁸⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal*: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 72.

Amiúde, sem que o juiz esteja presente, observa-se um servidor público do juizado, que não o próprio conciliador ou o juiz leigo, fazendo as vezes do juiz togado ou do conciliador, como condutor-mor da audiência preliminar, propondo a composição de danos, registrando, em seguida, a homologação judicial para o magistrado mais tarde assinar, quando não, a recusa por qualquer dos envolvidos, coletando, quando for o caso, a representação criminal da vítima. Fato esse constatado em Belém e no interior do Pará, como também em Porto Alegre, consoante delata Rodrigo Azevedo³⁸⁷, demonstrando descaso em relação à composição.

Constata-se, quanto aos crimes de ação penal pública incondicionada, que o magistrado, em comunhão de entendimento com quase todos os promotores de justiça, ao encetar a audiência preliminar, passa diretamente à fase de transação “penal”, dando a palavra ao membro do *Parquet*, sem que a vítima possa se manifestar e até calando-a quando ela ensaia falar algo, estorvando, na prática, a reparação dos danos sofridos pelo ofendido, sob o argumento desarrazoado da natureza pública incondicional dessa ação. Esse problema também foi identificado por Luiz Chies³⁸⁸ como um procedimento erroneamente padronizado.

Chies identifica, o que também é aqui delatado por ter sido verificado nos JECs de Belém, “um sentimento de frustração” por parte da vítima, que se sente “desconsiderada, ‘usada’ e até traída pelo Sistema Penal”³⁸⁹, pois ela procura o Judiciário, manifestando seu interesse na ação penal por via de representação (quando é o caso), de requerimento ou de simples registro de ocorrência policial, após frustrada a composição de danos, para ficar, em seguida, impotente, vendo o suposto autor do fato beneficiar-se com propostas de transação “penal”, não raramente, muito aquém das conseqüências do delito e de sua condição econômica.

O sentimento da vítima quanto a “ter sido usada e traída” pelo sistema penal decorre do fato de ela ser ouvida, na prática, somente de acordo com a conveniência do Estado para fins de propositura de transação ou da ação penal, e não com o escopo da mediação que leve os conflitantes ao diálogo respeitoso e conseqüente resolução do conflito por meio de um “acordo de coração” – na

³⁸⁷ *Ibidem*. p.74.

³⁸⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Por uma utopia do possível! (Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 207.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 209.

expressão de Chies³⁹⁰. Isso porque promotor de justiça e juiz, amiúde, estão preocupados com a pauta, com o adiantado da hora e com a estatística de produção, mormente para aferição de merecimento para fins de promoção e de remoção, gerando sua produção por atacado.

Considerando que direito é fato, valor e norma, o ideal (valor), à luz do art. 62 da Lei 9.099/1995, portanto também legal (norma) e justo, seria dar oportunidade, de fato, em qualquer infração da competência dos JECs sem se cogitar da natureza da respectiva ação penal, primeiramente, à composição de danos precedida da mediação, para somente depois se passar à fase da transação “penal”, pois mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, embora a composição de danos não tenha poder de extinguir a punibilidade, ela não deixa de ser um dos objetivos dos JECs, logo, deve ser sempre promovida pelo juiz, assim como observada e fiscalizada pelo promotor, na função de *custos legis*, sendo esta uma proposta *de lege lata* para a (re)construção dos JECs.

A estrutura insuficiente das agências integrantes da justiça pública, o crescente número de processos e de procedimentos penais, somado à cobrança da elevação da produtividade quantitativa do trabalho dos magistrados, impõem-lhes uma atividade laboral automatizada, executada em forma de atacado, muita vez, com intervalos de dez minutos entre uma audiência e outra.

Essa realidade força os magistrados a proceder apenas *pro forma* à “intermediação” – na verdade, a mera proposta – da composição dos danos civis, sem maiores explicações de seus benefícios e conseqüências, passando quase incontinenti à fase procedimental seguinte, que é a da transação “penal”, evitando, o debate delongado entre os envolvidos com a devida mediação judicial para a promoção de uma resposta estatal solucionadora do conflito interpessoal, que seria bem mais justa e pacificadora.

Além do quadro crítico de priorização da transação “penal” em detrimento da composição de danos, a vítima, determinada, na prática adotada, a manter-se calada, observa amiúde a banalização da transação “penal” por meio de propostas bagatelares, promovidas na intenção de se encerrar o procedimento judicial na fase conciliatória a qualquer custo, mesmo em reprochável descaso com a promoção da justiça substantiva, por meio de propostas transacionais incompatíveis com a infração

³⁹⁰ *Ibidem*, mesma página.

perpetrada, desproporcionalmente ínfimas, desconsiderando as conseqüências da infração e, em alguns casos, a abastada condição econômica do suposto autor do fato.

Não é raro observar, nos olhares e expressões fisionômicas ou até mesmo nas manifestações em indignação³⁹¹ e desabafo da vítima – isso quando ousa fazê-lo –, mesmo quando determinada a ficar calada, o sentimento de revolta e de insatisfação com a irrisória medida civil alternativa proposta pelo Ministério Público e aceita pelo suposto autor do fato com grande satisfação e com um certo ar de deboche e escárnio dirigido à vítima, que fica a se perguntar se isso é “justiça”.

Os juizados têm por objetivo legal a reparação dos danos sofridos pela vítima, que, para essa finalidade, foi chamada à fase preliminar do procedimento judicial. Todavia, a odiosa prática reportada aqui retrata o quadro de insatisfação de muitas vítimas atendidas nos juizados pelo descaso com a composição de danos em favor da transação “penal”, esvaindo a grande utilidade da composição de danos como mecanismo de resolução do conflito penal, não promovendo, por conseguinte, a justiça material esperada nem a segurança jurídica colimada.

Essa realidade é uma crítica feita aos juizados que está corretamente balizada, mas sob a ressalva de que a prática vitanda não se coaduna com os objetivos da Lei 9.099/1995 nem com a instituição dos juizados, pois neles deve ser incentivado o diálogo entre os envolvidos como mecanismo de facilitação não apenas da composição de danos, mas também como espaço destinado aos envolvidos para o desabafo, o perdão, as desculpas, os esclarecimentos, a exposição de sentimentos e, com essa medida, para a justa, a melhor e a mais útil solução do conflito, garantindo-se, por conseguinte, a segurança jurídica e o atendimento da tridimensionalidade teleológica do Direito.

Dentro dessa proposta dialogal como resolução consensual mediadora, e não impositiva dos conflitos, Warat pontifica ser um grande erro – proveniente do modelo clássico de justiça adjudicatória – tratar o conflito penal como litígio e vice-versa. Quando o juiz decide um litígio, atende “às formas do pretendido”, ao pedido de um ou de outro, “e não às intenções dos enunciantes”.

³⁹¹ Barroso leciona que “O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. [...]. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 335.

O conflito penal, não raro, está presente antes, durante e após o litígio. Portanto, “apresentar o conflito como litígio implica não levar em conta a necessidade de trabalhá-lo em seu devir temporal”.³⁹² Por isso, algumas vezes, há ocorrências de outro conflito penal (em continuidade) após a decisão judicial acerca de um litígio.

O descaso quanto ao sentimento de cada envolvido e o desconhecimento do sentimento de cada qual em relação ao sentimento do outro, empecem a solução dos conflitos, muita vez, acirrado pelo descaso judicial que impede os conflitantes de elaborar suas próprias diferenças pelo critério da outridade, *i.e.*, pelo conhecimento dos sentimentos do outro e, por intermédio da mediação capacitada (quer do juiz, quer de outro profissional), em que os conflitantes colocam-se, cada qual, no lugar do outro para interpretar o conflito a partir da visão e dos sentimentos do outro, elaborando, dessarte, as diferenças de cada qual, adotando uma metodologia de alteridade, pondo cobro, de forma mais eficaz, não somente ao litígio, porém, ao conflito penal com preocupação tanto em relação ao litígio presente quanto ao inter-relacionamento dos conflitantes no devir.

É conhecendo e laborando com as diferenças havidas entre suposto autor do fato e vítima que se faz a diferença, promovendo-se a justiça material no caso concreto e garantindo-se a segurança jurídica em geral, bem como o progresso por meio da paz social que se consolida, efetivando-se o socialmente justo no campo penal.

3.5 Despreparo judicial nas funções de mediador e de conciliador

Deve-se romper com o sistema de justiça penal adjudicatória, que centraliza todos os atos na pessoa juiz, preparando-o para mediar a audiência preliminar e as propostas conciliatórias no escopo da promoção da justiça restaurativa, permitindo-se a concretização do princípio da cooperação entre todos na solução do conflito.

Ionete Souza pondera que a mudança de mentalidade dos juízes e demais operadores do Direito é valorizada na consentânea aplicação da mediação. Indigita a mediação como método alternativo essencial de solução de conflitos, que tem “a comunicação” como “base nuclear”. A comunicação deve perpassar, inicialmente,

³⁹² WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2.ed. Florianópolis, Habitus, 2001. pp. 81-83.

“pela escuta atenta, qualificada e compreensiva dos fatos e das condutas narradas”³⁹³, como técnica de bem expressar, método esse com que os juízes, de forma geral, não estão familiarizados.

A mediação deve ser antes de uma medida a mais para desafogar o Judiciário, uma alternativa salutar e eficaz de melhor evitar a continuação do conflito penal, visando compreender a origem do conflito, que se dá antes do caso penal, bem como das perspectivas dos conflitantes.

Os magistrados deverão estar mais aptos a ouvir, estabelecendo as regras do diálogo a ser travado entre os interessados, fazendo as devidas ponderações quando oportunas e necessárias. Ionete Souza adverte que “o cuidado com as pessoas é valor jurídico constitucional, podendo ser ressaltado na dignidade do ser humano [...] sendo a mediação um comportamento na busca da pacificação social”.

Ao distinguir a mediação da conciliação, Ionete Souza adverte que:

O mediador não sugere solução, não induz nem tão-pouco decide. A sua função é propiciar uma maior e melhor escuta das partes, para que a compreensão seja introduzida na seqüência dos fatos narrados, levando os litigantes ao exercício da tolerância recíproca. Por isso, não se confunde com a conciliação, que pode sugerir e induzir comportamentos ou decisões.³⁹⁴

Hulsman e Celis lecionam, acertadamente, que “as pessoas em dificuldade e na dor têm, antes de tudo, necessidade de **alguém que as escute**. Quando pessoas compreensíveis e amigáveis lhes permitem se expressar com calma e melhor se situar em seu conflito, um pouco de seu problema já está resolvido” (grifo dos autores).³⁹⁵

Na busca pela maior efetividade e eficácia do Direito aos seus consumidores, faz-se necessária a ampliação (capacitada) do ativismo judicial. Sistemas jurídicos estrangeiros têm privilegiado o princípio da cooperação, já abraçado pela doutrina nacional³⁹⁶, impondo ao juiz o mister de agente colaborador

³⁹³ SOUZA, Ionete de Magalhães. Mediação no direito de família. *Prática Jurídica*. Ed. Consulex. n. 68. a. 2007. pp. 36-37.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 36.

³⁹⁵ Cf. HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997. p. 119.

³⁹⁶ Didier doutrina que, atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro (Alemanha, França e Portugal), repercutindo no Brasil, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não apenas de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5.º, do CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo – e por que não a fase conciliatória pré-processual? – como o produto de atividade cooperativa. “Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que estrutura e qualifica o contraditório [na fase processual]. A

do processo – e por que não também do procedimento preliminar pré-processual? É injuntivo que o magistrado, por meio do diálogo judicial, não apenas permita a cooperação dos envolvidos na solução pacífica e mediatária do conflito penal, como, sobreposse, ele próprio coopere com eles nesse desiderato comum.

Na (re)construção dos JECs, os magistrados, assim como todos os demais atores da Justiça com os quais eles lidam diretamente (promotores, advogados, defensores), devem estar devidamente preparados e treinados. Juízes e conciliadores, para melhor exercer o mister de mediadores e também atender aos consumidores do direito; os demais, para fiscalizar (e aceitar) a mediação dos conflitos penais nas sedes dos JECs, sendo a (re)conciliação uma consequência da justiça restaurativa que soluciona conflitos penais ou apenas um tentâmen desta, pondo-se, de qualquer forma, fim ao caso penal.

A título ilustrativo, trazem-se à baila as seguintes informações acerca da 1.^a Vara do JEC de Belém concernentes ao ano de 2007:³⁹⁷

a) Havia 1.600 TCOs³⁹⁸ (1500 por crimes e 100 por contravenções penais), sendo, aproximadamente, 824 remanescentes de anos anteriores e 776 distribuídos no ano em referência³⁹⁹;

b) Houve 912 arquivamentos por diversos motivos;⁴⁰⁰

c) Do universo de 1.600 TCOs, foram promovidas 103 transações penais e 74 composições de danos, representando somente 177 conciliações;

d) Apenas 7 sentenças foram prolatadas: 4 absolutórias e 3 condenatórias.

Urge destacar desses dados o seguinte:

obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir”. Cf. DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil*. teoria geral do processo e processo do conhecimento. Salvador: Podivm, 2007, pp. 55-56.

³⁹⁷ Dados constantes dos apêndices A e B.

³⁹⁸ Nessa quantidade, encontram-se, indiscriminadamente, todos os TCOs e ações penais propostas, não havendo, internamente, no relatório desse JEC dados sobre quantos TCOs se convolveram em ações penais, cumprindo esclarecer que muitas dessas ações penais, embora propostas nos JECs, acabam prosseguindo no juízo comum em razão de o réu não ter sido encontrado para citação pessoal, sendo a citação por edital incompatível com os princípios da simplicidade, da informalidade e da celeridade processual, o que determina a redistribuição da ação penal ofertada ao juízo comum (art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995).

³⁹⁹ Nesses dados não estão incluídos os inquéritos policiais enviados das delegacias de polícia diretamente aos JECs para distribuição nem aqueles que foram redistribuídos do juízo comum por desclassificação da figura típica para infração de menor potencial ofensivo.

⁴⁰⁰ Não constam da quantidade de TCOs arquivados aqueles transferidos para o juízo comum por impossibilidade de citação pessoal ou por incompetência do JEC.

a) Subtraídos 184 arquivamentos decorrentes do baixo resultado de composições de danos, de transações penais, bem como da prestação jurisdicional propriamente dita pelo JEC (entre 177 conciliações mais 7 sentenças definitivas) do total de 912 arquivamentos, houve 728 arquivamentos de TCOs por motivos variados, entre eles: prescrição (fato negativo quanto à eficiência dos JECs, atribuído à inoperância do Estado); renúncia ao direito de representação ou de queixa-crime pela vítima sem conciliação; inviabilidade da ação penal por insuficiência de provas, etc. (fato negativo atribuído à inoperância do Estado); trancamento por decisão judicial superior, etc.

b) Do total de 1.600 TCOs, 177 conciliações representam aproximadamente 11,06%, sendo um índice baixíssimo de acordos para um JEC que tem por função constitucional precípua a solução (re)conciliatória dos conflitos penais. Mesmo que se extraísse o índice apenas dos TCOs que ingressaram em 2007 (776), o total de 177 avenças, redundaria em 22,8% dos TCOs, percentual muito aquém do ideal, qual seja, esse índice deveria estar invertido, obtendo-se 80% de (re)conciliações contra apenas 20% de ações penais e arquivamentos por outros motivos.

O problema dos juzizados, consoante ao norte delatado, é de qualidade (preparo judicial) e de quantidade (recursos humanos e materiais). O enorme número de jurisdicionados, de procedimentos e de processos penais é desproporcional em relação à exígua quantidade de juzizados, juízes, conciliadores, defensores públicos, promotores de justiça, servidores públicos, somado à insuficiência de recursos materiais, que servem de fatores de automação da conciliação, estorvando-lhes a mediação dos conflitos penais e a adequada composição de danos, acirrando a já comprometida inaptidão judicial para a mediação e a conciliação.

O problema da falta de preparo dos magistrados para mediar conflitos penais e até para cooperar com os conflitantes na fase conciliatória foi detectado em âmbito internacional, não sendo um problema somente dos JECs, tanto que as “Regras de Tóquio” fazem questão de reafirmar a necessidade de capacitação e de cursos permanentes de reciclagem de todos os envolvidos com as medidas despenadoras.⁴⁰¹

⁴⁰¹ Quanto à formação pessoal de quem irá laborar com essas medidas, as “Regras de Tóquio” recomendam o seguinte: “16.2. Antes de assumirem as suas funções, os agentes receberão uma formação que incide, designadamente, sobre a natureza das medidas não privativas de liberdade, os objectivos da vigilância e as diversas modalidades de aplicação das ditas medidas. 16.3. Uma vez em funções, os agentes manterão actualizados e desenvolverão os seus conhecimentos e as suas qualificações profissionais graças a uma formação permanente e a cursos de reciclagem. Serão previstos meios apropriados para este fim”. A recomendação não fala, especificamente, em

3.6 Automação das propostas conciliatórias (sem mediação)

Jacinto Coutinho⁴⁰² descortina a prática vitanda, geralmente, adotada, pelos JECs de quase todo o País, ilustrando sua crítica ao delatar a existência de audiências preliminares “coletivas” (também lembradas por Wunderlich⁴⁰³ ao comentar os JECs da Cidade do Rio de Janeiro), para, por meio dessa única audiência, envolvendo muitos TCOs distintos, portanto, vários conflitos e casos penais, encerrarem-se com uma só e igual proposta de composição de danos ou de transação “penal” aceita por quase todos os envolvidos, dezenas de casos penais, sem a individualização de cada caso concreto, sem a apreciação da capacidade econômica do suposto autor do fato (tanto para menos quanto para mais), sem as tratativas próprias da punctação clausular de cada acordo.

Esse quadro praxista nefando se dá não apenas pela falta de estrutura física, de pessoal e de recursos diversos dos JECs, mas também pelo despreparo dos juízes quanto ao mister da mediação. Sem os diálogos necessários entre os envolvidos para se solucionar o conflito penal, consoante requestam as finalidades tridimensionais do Direito, dificilmente esse quadro atacadista da atividade judicial será mudado.

A conciliação pode ser concretizada por meio da mediação, conquanto, nos juizados, a prática demonstre, quase sempre, que as avenças são propostas de forma automática e atacadista, por meio de um monólogo judicial frio e sem permitir diálogo entre os conflitantes, sob o pretexto de se tentar empecer o acirramento da animosidade entre eles, quando o diálogo devidamente mediado anela exatamente o contrário.

Decerto, conciliação e mediação são termos de significados distintos, que não devem ser confundidos, assim como conciliador e mediador. Aquela é um

juiz, mas se eles são os agentes públicos competentes para a homologação das medidas civis alternativas e para a respectiva execução, evidentemente, que o texto genérico das “Regras de Tóquio” deve ser amoldado à realidade Nacional, considerando a díade “idealidade e realidade” que impõe uma certa elasticidade tanto às normas quanto às recomendações para a consecução da tridimensionalidade teleológica do Direito. As “Regras de Tóquio” encontram-se em inteiro teor no site <www.jep.org.br/downloads/JEP/SistemaGlobal/regras_toquio.htm>, sob o título *Prevenção do crime e justiça penal*, acessado em 29 de fevereiro de 2008.

⁴⁰² COUTINHO, Jacinto Néson de Miranda. “Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 8.

⁴⁰³ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34.

acordo de efeitos jurídicos, esta, não visa precipuamente os efeitos jurídicos, mas uma atitude mútua de transformação sentimental envolvendo os conflitantes, devendo ser uma fase precedente ao tentâmen conciliatório propriamente dito.

A mediação, diz Warat, labora com o sentimento dos envolvidos no conflito, constituindo um acordo de amor possível entre eles, distinto da composição de danos e da transação (espécies do gênero conciliação) que “não trabalham o conflito, ignoram-no, e portanto, não o transformam, como faz a mediação”⁴⁰⁴.

Alcançar os sentimentos dos conflitantes equivale a facilitar a interação entre eles, assim como o diálogo mais sincero, permitindo que a resolução do conflito se dê internamente também, e não apenas no papel em que algum acordo acaba sendo reduzido a termo, sendo símbolo exterior do encerramento de mais um caso penal, mas nem sempre do conflito intersubjetivo entre a vítima e o suposto autor do fato.

A mediação, portanto, não apenas permite a resolução mais consentânea e eficaz dos casos penais por tratar e transformar os conflitos que os geraram como também concretiza direitos humanos de quinta geração,⁴⁰⁵ ou seja, permite que os conflitantes tenham seus sentimentos não apenas respeitados, mas considerados, no procedimento mediatário, propiciando-lhes além da conciliação patrimonial, prioritariamente, um acordo de coração, em verdadeira catarse das angústias, da dor moral, do ódio e de tantos outros sentimentos negativos que afligem os conflitantes em um caso penal.

A quinta geração de direitos humanos enaltece o que há de mais humano nas pessoas, a sua capacidade inimitável de sentir, sendo conveniente lembrar as palavras de Pascal: “o coração tem razões que a própria razão desconhece”,⁴⁰⁶ por isso importa à solução do conflito penal laborar com o interior dos envolvidos no conflito, tratando-os como seres humanos sentimentais, além de racionais.

⁴⁰⁴ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2.ed. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 80.

⁴⁰⁵ João Protásio Farias Domingues de Vargas preleciona, conquanto reconheça que os direitos humanos de quinta geração não estão bem consagrados pela doutrina, que eles inerem aos sentimentos humanos. O direito a ter sentimentos e o dever de reconhecer os sentimentos dos outros não foram consagrados pelas quatro gerações anteriores, as quais defendem direitos jungidos à racionalidade lógica. Um exemplo plástico de reconhecimento de direito humano de quinta geração, na concepção de João Protásio, é o reconhecimento do dano moral ou psicológico, desvinculado do dano patrimonial. É caso típico de direito humano de quinta geração, ainda que a reparação em si possa ser aplicada à primeira geração (patrimônio), pois denota o reconhecimento de um direito imanente à natureza humana: o de ter e de manter sentimentos. Cf. “Tentando definir direitos humanos: elementos para uma teoria geral”, texto consultado na *internet*, em 7/7/2007, no *site* <http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/Protasio/tex/dh.htm>.

⁴⁰⁶ RÓNAL, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 822.

Até mesmo os filósofos e os cientistas que pensam mais elevado, no sentido intelectual e da razão, nunca deixam de também sentir, quanto mais aqueles que figuram como atores de um conflito penal, em que os sentimentos, quase sempre, são a sua própria causa, produzindo efeitos negativos quando não tratados, mas que também pode trazer a cura, apresentando-se como seu remédio mais eficaz.

A distinção feita por Warat entre a conciliação e a mediação permite estabelecer um paralelo com as ponderações de Luiz Chies, especialmente quanto às expressões “para a utopia do possível”, partindo-se do “possível para a utopia” (do fato, pela norma, ao valor).

Deve-se priorizar a mediação em relação à composição de danos e à transação “penal”, mesmo que seja para obter um simples, mas sincero – porque o sentimento na mediação é trabalhado – aperto de mãos, sem que elas precisem entrar no bolso do suposto autor do fato, a exemplo plástico do “termo de bem viver”, levado muito a sério em pequenas comarcas do interior, como se lei fosse entre os pactuantes, isso porque o juiz, em pequenas localidades, costuma ter mais contato social com as pessoas, permitindo o diálogo entre os conflitantes, podendo-se citar as Comarcas marajoaras de Afuá, Anajás e Muaná⁴⁰⁷.

O mediador, como forma mais consentânea de solucionar o conflito, “não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo”⁴⁰⁸.

Na esteira da preleção de Warat, este trabalho propõe que a composição de danos (caso o TCO chegue à fase da audiência preliminar) seja possibilitada ainda

⁴⁰⁷ Informação colhida atuando-se como Promotor de Justiça nessas duas Comarcas. Pôde-se notar que os jurisdicionados passavam a levar mais a sério, por depositarem maior respeito e confiança nas pessoas do juiz e do promotor de justiça, os chamados termos de “bem viver” (mero compromisso firmado de respeito mútuo) quando firmados nas sedes dos JECs dessas Comarcas. Trata-se de uma construção anterior à Lei 9.099/1995, criado e muito usada pelas Autoridades Policiais como mecanismo extrajudicial de solução de alguns conflitos penais para evitar, na época, a instauração de inquérito policial e todo o trabalho dele decorrente, mas que não surtia o mesmo efeito do termo, hoje, firmado na sede desses JECs. Algumas conciliações chegaram a ser plastificadas pelos jurisdicionados do interior dessas cidades como um documento importante que deve ser guardado para toda a vida, fato constatado quando de visitas eventuais do Ministério Público e do Judiciário em projetos em prol da cidadania no interior da Comarca de Muaná. Em ambas as Comarcas, os Juízes conduziam os debates e o diálogo entre os envolvidos com a participação mediatária também do promotor, permitindo desabafos respeitosos e a menção de seus sentimentos, conversando com ambos a respeito de suas diferenças e dores morais conseqüentes. Na maioria das vezes, vale dizer, em mais de 90% dos casos, chegava-se a uma conciliação por meio de composição de danos ou, simplesmente, encerrava-se o conflito com um aperto de mãos entre os conflitantes, sendo comum a vítima mencionar que mais importantes do que o dinheiro da reparação eram a segurança, a paz e a tranquilidade espiritual pessoal e de sua família, o que, realmente, ela foi buscar e viu-se realizar no JEC.

⁴⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2.ed. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 80.

que não se identifique um autêntico caso penal, havendo ou não elementos para a propositura da ação penal correlata, pois um conflito, mesmo não sendo penal, existe de fato, tanto que os envolvidos, embora acidentalmente, lá estão (na sede do JEC), podendo, o Judiciário, aproveitar a oportunidade posta para dar-lhe uma solução definitiva por meio da mediação, evitando, dessarte, que outro(s) conflito(s) daí resulte(m). Impende, contudo, advertir que igual medida não poderá ser adotada para a transação “penal”, sendo-lhe imprescindível a constatação de todos os requisitos para a propositura da ação penal, além de sua conveniência administrativa.

O descaso estatal proveniente do encerramento do caso penal segundo o modelo atacadista de conciliação, sem uma resposta satisfatória e mediadora do Estado para simplesmente se livrar de mais um TCO sem nenhum resultado útil para o conflito penal que chegou a lhe ser apresentado, não atende aos fins de justiça, de segurança jurídica e de progresso social do Direito.

A mediação permite o diálogo entre os conflitantes, fazendo com que conheçam a si próprios, colocando-se, cada qual, no lugar do outro, procurando fazê-los ter uma idéia da dor e das motivações do outro. Esse método é importante na resolução do conflito penal, pois labora mais com os sentimentos dos conflitantes do que com seus interesses patrimoniais, conquanto facilite sobreposse a composição de danos e a transação “penal” por meio do dialogismo, atendendo, sempre que possível, à reparação do dano.

Warat esclarece que o conciliador exerce a função de “negociador do litígio”, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria”, ou seja, do pagou se livrou, em que o suposto autor do fato firma um “termo de cedência” à vítima, mas “o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas”.⁴⁰⁹

A mediação introduz uma “teoria do conflito mais psicológica que jurídica”, por isso enfrenta problemas práticos como a falta de preparo do mediador, máxime quando este é um juiz acostumado com a prática judicial da autoridade e da adjudicação e da imperatividade, substituindo o método da mediação pelo da imposição, da resolução com (e entre) os envolvidos pelo da decisão judicial unilateral.

⁴⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2.ed. Florianópolis, Habitus, 2001. p. 80.

A verdadeira transformação do conflito se procede por meio da mediação porque não busca a decisão pelo conciliador ou juiz, mas pelos próprios atores do conflito, não sendo a obtenção do acordo a sua única finalidade, mas restabelecer o diálogo amigável entre os conflitantes, ajudando-os a redimensionar o conflito, entendido por Warat como sendo o “conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa”.⁴¹⁰

Uma falha observada nos JECs de Belém, que se estende até o RS, sendo comum a outros juzizados do País, segundo anotações pinçadas das obras ao norte citadas^{411, 412} como exemplos plásticos do *usus forensis* vitando, antigarantista e inconstitucional, é a prática mecanizada ou autômata das propostas conciliatórias, sem mediação, mas por imposição judicial, contrariando o norteamento constitucional em ofensa a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana⁴¹³, tanto do suposto autor do fato quanto da vítima.

Faz-se necessário, parafraseando Chies com outros argumentos e sem refletir inteiramente a sua preleção, viabilizar a estrutura e a dinâmica dos JECs, de forma coerente com o texto constitucional, alentando-se “um máximo de tutela de garantias” aos envolvidos no conflito penal (suposto autor do fato e vítima), tanto na audiência preliminar, quanto na fase processual (réu e vítima), somado ao favorecimento da “solução do conflito”⁴¹⁴, promovendo-se, dessarte, justiça material entre eles e segurança jurídica para todos, assim como a paz social que se atinge como causa e também como efeito do progresso social, ao se laborar na transformação das pessoas, tornando-as ainda melhores do que são.

⁴¹⁰ *Ibidem*, mesma pagina.

⁴¹¹ WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juzizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴¹² WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴¹³ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu preâmbulo, proclama: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem [...] da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...]”. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público: tratados e convenções*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1986. p. 209.

⁴¹⁴ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Por uma utopia do possível! (Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juzizados especiais criminais)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juzizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Quando se fala em solucionar o conflito, estende-se referida resolução à sua maior amplitude possível, açambarcando não apenas o conflito precedente ao fato penal como também este e o(s) conflito(s) superveniente(s) ao caso penal, muitas vezes, acirrado(s) pelo litígio judicial, que se não for bem administrado com escopo resolutivo imediato e conciliatório, acaba dando ensanchas à continuidade do conflito original e de outros, envolvendo um número maior de atores conflitantes, não sendo raro a conflituosidade se espalhar na seara da família, dos amigos e da circunvizinhança dos primeiros atores conflitantes.

Discorda-se de Chies quando afirma que a “resolução do conflito envolve” – exclusivamente – “a tutela dos interesses das partes, e não do interesse do Estado, uma vez que este tem sua primazia de interesse na dimensão do objeto da lide (que é a infração penal em si)”.⁴¹⁵

Advoga-se aqui a idéia não de exclusividade de “interesses das partes” como proposta resolutive do conflito penal, mas de prioridade da resolução do conflito entre os envolvidos – que, na audiência preliminar, não são partes na concepção técnico-processual –, sem desconsiderar o interesse do Estado em ver o caso penal propiciado por uma infração de menor potencial ofensivo, igualmente, resolvido, promovendo, assim, segurança jurídica e progresso social, ambos com justiça material, todos, portanto, obrigações políticas estatais.

Não se pode desconsiderar a existência de crimes sem uma vítima determinada, como aqueles que afetam a coletividade não personalizada, a exemplo dos crimes vagos,⁴¹⁶ em que não se terá a necessidade de conciliação entre o suposto autor do fato e uma vítima específica, mas estará presente a necessidade de composição de danos e de transação “penal” conforme ocorre com o crime ambiental⁴¹⁷. Nesse caso, o Estado busca a resolução do conflito também por meio conciliatório, ou seja, o juiz deverá agir como mediador entre o suposto autor do fato e o promotor de justiça, tratando sempre os sentimentos daquele e, por vezes, os deste, que, não raramente, age com o ímpeto da imputação e da increpação, desconsiderando o que é mais justo como solução ao conflito, ao caso concreto e à sociedade.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 189.

⁴¹⁶ BARROS, Orlando Mara de. *Dicionário de classificação de crimes*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1990. p. 93.

⁴¹⁷ O artigo 27 da Lei 9.605/1998 exige para a proposta de transação penal a prévia composição dos danos ambientais.

O Estado não tem de, com interesse exclusivo, decidir sobre o caso penal ou a “infração em si” visto que também labora – por imperativo constitucional – com a resolução prioritária do conflito penal, apresentando, como mediador, um juiz ou um conciliador; além do que o Estado, por meio dos JECs, deve intervir menos com o intuito de retribuição do mal pelo mal (na fase processual), atuando muito mais com o escopo de prevenção contra a criminalidade, por meio de medidas as mais humanas possíveis dentro de um critério de intervenção mínima necessária, evitando que as infrações penais, mesmo as ditas de menor potencial ofensivo, passem ao largo da intervenção estatal e ampliem, pelo descaso ou pela prescrição, o leque da impunidade, que serve como fator criminógeno extremamente negativo à segurança jurídica e ao progresso social pelas injustiças que propicia, quer negligenciando o(s) bem(s) jurídico(s) da vítima *in concreto*, quer se descuidando da tutela genérica da sociedade.

Aguardar a instrução processual chegar a seu epílogo para que se proceda a qualquer proposta de conciliação, em observância aos princípios do devido processo legal e da culpabilidade, segundo propõe Chies⁴¹⁸, equivaleria a emperrar e a resvalar os juizados ao fracasso não apenas de seus desideratos imediatos, mas também à falência do sistema penal, pois o suposto autor do fato, não raro orientado por seu advogado, consoante sói acontecer também em relação aos crimes de médio potencial ofensivo, apostaria na impunidade em decorrência da prescrição, não se saindo do cenário, antes vivido com maior ênfase e nitidez, de descaso, de negligência e de inoperância estatal quanto às infrações de menor potencial lesivo.⁴¹⁹

Se é certo que não se deve agigantar o poder repressor do Estado, igualmente verdadeira é a asserção de que a minimização desmedida desse poder também não deve determinar a ineficiência dos processos penais. O melhor caminho é o do equilíbrio com justiça entre a intervenção estatal necessária e os direitos fundamentais em questão, possibilitando-se, no emprego do Direito Penal, à luz do utilitarismo garantista, a máxima felicidade da maioria não desviante com o mínimo sofrimento necessário à minoria desviada.

⁴¹⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Por uma utopia do possível! (Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 190.

⁴¹⁹ O exemplo plástico está na estatística coletada quanto ao número exíguo de sentenças definitivas (condenatórias e absolutórias) prolatadas pelos nove JECs de Belém (42 ao todo), cotejado com o número de TCOs (10.225) existentes em 2007. A par dos JECs de Mosqueiro, Icoaraci e do Idoso que nenhuma sentença prolataram em todo o ano de 2007. Conclui-se ser alvissareiro apostar-se na prescrição e na impunidade. Cf. apêndices A e B.

Assim, sob a alegação de observância da ampla defesa e do contraditório, não se deve exacerbar a formalidade de tal maneira que inviabilize a eficiência procedimental tanto na conciliação dos conflitos penais quanto na apuração e instrução criminal. Por isso se é contra a proposta de deslocamento da fase conciliatória dos JECs apenas para as alegações finais, propondo-se, ao contrário, que ela seja mantida na fase preliminar e se estenda até as alegações finais, pois se a reparação dos danos e a evitação da pena privativa de liberdade são objetivos expressos dos JECs, não há razoabilidade em sua coarctação à fase preliminar, como também não haveria em proibi-la nesta fase.

Não se deve olvidar que o mundo é real, e não etéreo ou celestial (Direito não é só valor ou ideal), nem que o Direito também é e deve ser fato. Por isso a idealidade (valor) não pode se afastar da realidade (deve tornar-se fato), sob pena de nunca se tornar real, daí Reale pontificar que o Direito é a normatização de fatos para a consecução de valores,⁴²⁰ ou seja, quando os valores são concretizados, convolam-se em fatos também, conquanto não percam a sua identidade de valor na concepção tridimensional.⁴²¹

A delongada instrução processual além do risco da prescrição empece o efeito preventivo específico de cunho reeducador visto no Direito Penal, pois o passar do tempo dificulta que o réu adquira a consciência da necessidade de compor os danos e o arrependimento por sua conduta (se de fato a cometeu); ao contrário, até poderá propiciar nele um sentimento de revolta em relação às propostas conciliatórias, máxime se vier a ser condenado no caso de as propostas de acordo não serem exitosas, perdendo a noção da causa de sua condenação.

A própria condenação, passado muito tempo do fato delituoso, pode perder o sentido e a sua função precípua, que é de caráter preventivo, se for considerado que a sociedade, decorrido interregno razoável, olvida-se da ocorrência penal, tornando, por conseguinte, desnecessária e perniciosa a inflicção de qualquer pena.

Nem a transação “penal”, nem, muito menos, a composição de danos, na fase procedimental preliminar ao processo, significam a preterição do princípio do *due process of law*, pois, nesse estágio, há apenas procedimento judicial pré-processual,

⁴²⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴²¹ Kaufmann prega que a “filosofia do direito tem [...], que se apoiar na experiência; [...] que proceder de ‘de modo experimental’. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 31.

que vem trilhado pela Lei 9.099/1995, como critério legal prescrito para a resolução do conflito e do caso penal. Também há impropriedade técnica no termo legal “partes”, referindo-se aos envolvidos (conflitantes) que se apresentam para a conciliação na fase procedimental preliminar, por essa razão não se admite a crítica quanto à existência de ofensa ao devido processo legal por meio da conciliação.

Necessário se faz, “para a utopia do possível” que se parta “do possível para a utopia”, ou seja, para a consecução máxima dos valores e do ideal do Direito, da justiça substantiva como uma de suas três funções, ainda utópica, conquanto possível de ser edificada. Assim, deve-se partir de medidas mínimas, já possíveis de concretização, a serem amadurecidas e paulatinamente maximizadas, galgando-se, por conseguinte, a “utopia do possível”.

Na construção incessante do Direito justo⁴²², não se pode desconsiderar que alguns valores são distinguidos por critérios de importância (hierarquia e preferibilidade) e de urgência (segurança, ordem, paz). A insuficiência das agências estatais e o imediatismo próprio do homem tendem a privilegiar o critério de urgência, algumas vezes em detrimento de valores mais elevados, o que redundará em um labor judicial que exacerba a finalidade de segurança jurídica e o utilitarismo do Direito, por meio de um procedimento atacadista, que prima pela quantidade extraordinária, mas de péfua qualidade, sendo contrário a valores constitucionais, pernicioso aos direitos fundamentais e à própria eficácia da prestação jurisdicional.

Há uma correspondência implicativa e complementar, por vezes dialética e bipolar, entre segurança jurídica (valor imediato) e justiça (valor mais elevado). O conflito potencial entre segurança e justiça, segundo Reale, no plano da experiência concreta, existe “por albergar o ideal de justiça um sentido de insatisfação renovadora e mesmo revolucionária”.⁴²³

⁴²² A adjetivação de justo é tão intrínseca ao termo Direito que a expressão sintagmática “Direito justo” deveria ser tautológica. Contudo, o abismo, bastas vezes, verificado entre a letra do Direito positivo e a realidade ou entre esta e a idealidade, impõe o reforço enfático desse sintagma, sendo o adjetivo “justo” determinante do substantivo “Direito”, convindo não olvidar que as palavras têm significado(s) e que, em Direito, elas quase sempre não são supérfluas, ainda mais quando a História descortina a constante manipulação dos governados com a utilização de ideologias jurídicas desviadas de seu ideal de justiça, embora drapejando a bandeira de “ordem e justiça” para atender a fins pessoais de um pequeno grupo dominante. Reale afirma que muitas vezes o Direito Positivo entra em conflito com os ideais do Direito Justo, mas como o Direito é dinâmico ele deve ser sempre uma tentativa de Direito justo, que pode até ser um esforço falho, sendo inexorável haver um esforço em torná-lo justo como ideal, sem justiça não se pode falar em Direito. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴²³ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 528.

A conjugação criteriosa e razoável dos direitos fundamentais do suposto autor do fato e da vítima com os objetivos de resolução mediada do conflito entre eles, priorizando-se, sem exclusividade, a mediação⁴²⁴, em relação à reparação do dano e esta no pertinente à transação “penal”; afastando-se, o máximo possível, a imposição de sanção penal ao suposto autor do fato, sobretudo a pena privativa de liberdade, sem resvalar a vítima (seus interesses, bens jurídicos e sentimentos) ao descaso. Todos esses são ideais a ser materializados pelos JECs, ou seja, a ser convolados também em fatos, pois Direito é fato, valor e norma, destinado à tríplice promoção da justiça material, da segurança jurídica e do progresso social.

3.7 “Pena antecipada” como incremento do poder punitivo estatal

Karan⁴²⁵, Wunderlich⁴²⁶, Miguel Reale Jr.⁴²⁷, Geraldo Prado⁴²⁸, entre outros, seguindo, propositadamente⁴²⁹, a impropriedade terminológica dos arts. 62, 72, 76, 77, da Lei 9.099/1995, reproduzem, em suas manifestações doutrinárias, a expressão “pena”, referindo-se à medida civil alternativa antecipada ao processo proposta a título de transação “penal”, quer quanto às medidas civis alternativas antecipadas restritivas de direito, quer quanto à medida civil alternativa antecipada

⁴²⁴ Insta ponderar que a priorização da mediação em relação à conciliação, que são institutos e objetivos dos JECs, não resvala esses a um segundo plano de consecução, o que se propõe é a mediação para tratar os sentimentos dos envolvidos, solucionando o conflito penal, precedentemente, às propostas de (re)conciliação, a qual surtirá como uma consequência da mediação. A prioridade propugnada, assim, apresenta-se como critério metódico de ordenar o trabalho dos JECs, incoando, inexoravelmente, com a mediação judicial e culminando, sempre que possível, com a (re)conciliação.

⁴²⁵ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais – A concentração antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004. p. 23.

⁴²⁶ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 45.

⁴²⁷ REALE Jr., Miguel. “Pena sem processo”. In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. SP: Malheiros, 1997, p. 25.

⁴²⁸ PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 75.

⁴²⁹ Cada qual é singular em sua maneira de empregar as palavras e de interpretar aquilo que lê. Assim, esse trabalho também não poderia fugir à verdade reproduzida nessa assertiva. Geraldo Prado pontifica que “não há inocência nas palavras verbais [...] no campo do discurso jurídico não há neutralidade, nem mesmo quando, aparentemente, existe uma certa convergência de opiniões”, pois muito bem, ditas palavras de Geraldo Prado, são tomadas como verdadeiras para se rebater, neste trabalho, parte de sua preleção contra os JECs. Cf. in *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

de multa, que também não se confunde com a sanção penal pecuniária propriamente dita.

Geraldo Prado indigita a informalidade e a celeridade próprias dos JECs como uma flagrante ofensa à Constituição, tendo por fim exclusivo a aceitação de “punição” pelo suposto autor do fato sem processo, consignando sua estupefação quanto à estrutura dos juizados, que para ele “é tão deformada que setores da doutrina brasileira conseguem enxergar nisso um direito subjetivo!”.⁴³⁰

Segundo Prado, o que parte da doutrina entende como direito público subjetivo do suposto autor do fato⁴³¹ e, no mesmo diapasão, a jurisprudência nacional, referindo-se à obrigatoriedade de proposta de transação “penal”, não é direito, mas “punição”, pois o exercício de um direito deve ser compreendido como posição jurídica de vantagem, ou seja:

quem exerce um direito se beneficia! Não é razoável supor que o sujeito ao exercer um direito venha a ser beneficiado por meio de uma punição, de uma sanção! [...]. Mas não constato prêmio algum; pelo contrário, vejo simplesmente castigo.⁴³²

Diante da conclusão de Prado, quanto à transação “penal” não ser benefício, tampouco direito público subjetivo, força é indagar-se por que, então, os supostos autores do fato vêm impetrando a favor deles mesmos, tantos *habeas corpus*⁴³³ para trancamento das ações penais quando o Ministério Público, mesmo de forma fundamentada, deixa de proceder à transação “penal” propondo, em vez da medida

⁴³⁰ PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85.

⁴³¹ Cumpre, desde pronto, assinalar que este trabalho perfilha a linha doutrinária nacional atacada por Geraldo Prado, considerando o direito à transação “penal” um direito público subjetivo do suposto autor do fato.

⁴³² PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86.

⁴³³ O STF, analisando *habeas corpus* em que o paciente já havia sido processado criminalmente quatro vezes, tendo sido condenado definitivamente em dois desses processos, determinou o trancamento da ação penal, declarando nulo o quinto processo instaurado por crime de menor potencial ofensivo, reconhecendo ser a transação penal um direito do paciente, considerando que em relação as duas penas aplicadas anteriormente uma delas já havia sido cumprida e a outra havia resvalado na prescrição executória, ambas há mais de cinco anos. HC 86.646/SP, D.J. 9/6/2006, p. 0018. A 6.^a Turma do STJ decidiu “[...]. 3. Esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado [...] passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no artigo 76 da Lei 9.099/95. 4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido para, anulando a ação penal a partir da denúncia, inclusive, determinar que o representante do Ministério Público se pronuncie a respeito da possibilidade de oferecer a transação penal ao paciente”. RHC 14366/SP, D.J. 5/4/2004.

civil alternativa desejada pelo suposto autor do fato, diretamente a ação penal? É porque a medida, em vez de castigo, além de ser direito, beneficia.⁴³⁴

Será que, realmente, a submissão a um estigmático processo penal inquisitivo, penoso e caro ao réu e à sociedade, considerando todos os constrangimentos daí advindos, não é um sofrimento bem maior, sob o risco de piorar com o advento dos efeitos de uma possível condenação?! Não há outra posição doutrinária a ser advogada, senão a de que a transação “penal” é um direito público subjetivo do suposto autor do fato que lhe propicia benefícios, sim!

O suposto autor do fato não apenas tem o direito à transação, como essa proposta lhe deverá ser oferecida independentemente de provocação e até de sua vontade. Decerto, *in albis*, a fase conciliatória não pode passar sob pena de nulidade absoluta do processo penal porvindouro. Já, aceitá-la, dependerá de seu exclusivo talante e conveniência. Ainda assim, mesmo anuindo com a proposta transacional, dela o suposto autor do fato poderá apelar (art. 76, § 5.º, da Lei 9.099/1995) ou impetrar *habeas corpus* se entender que seus termos e condições não são razoáveis ou são ilegais.⁴³⁵

Não há que se falar em pena nem em processo penal antes do recebimento da ação penal pelo juiz. A ação penal inicia com seu oferecimento, mas o processo correlato será instaurado somente com o recebimento da peça exordial, momento em que se tem por ajuizada a ação penal⁴³⁶, tanto que, no interregno entre o oferecimento e o recebimento da vestibular acusatória (isso se ela for recebida, pois pode ser indeferida ou rejeitada), a pretensão punitiva estatal ainda corre o risco da prescrição contada entre a data do fato e a do recebimento da ação (art. 117, inc. I, do CP).

A pena cominada pelo legislador, no preceito secundário do tipo penal, ou as penas alternativas previstas como sanções substitutivas (artigos 43 e 44 do CP) só

⁴³⁴ É oportuno consignar que a jurisprudência é pacífica a respeito de a proposta de transação penal ser um direito subjetivo do suposto autor do fato. A divergência, portanto, é só doutrinária. No HC 36557-RS, publicado em DJ 02/05/2005, p. 419, o STJ decidiu que “Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal [...] defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário”.

⁴³⁵ Insta anotar que pesam calorosos aplausos ao instituto da transação “penal”, como verdadeira conquista do ordenamento jurídico pátrio ao trazer, para o cenário do Direito Penal e Processual Penal, a justiça consensual, com a autoridade de grandes doutrinadores nacionais, entre eles, Grinover. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000.

⁴³⁶ “Quando o magistrado recebe a denúncia ou a queixa, tem-se por *ajuizada* a ação penal, vale dizer, encontra-se em termos para estabelecer a relação processual completa, chamando-se o réu a juízo. Serve, nesta última hipótese, para interromper a prescrição”. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 163.

podem ser aplicadas ao réu depois do devido processo legal, consoante rege a Constituição Federal em seu art. 5.º, inc. LIV.

Ora, se a própria Constituição previu o instituto da transação (art. 98, inc. I) como medida conciliatória destinada à evitação do processo penal e à promoção da justiça restaurativa por meio da autocomposição mediada judicialmente, não poderia ser outra a conclusão decorrente da hermenêutica sistêmica, senão a de que, na fase preliminar dos JECs, não se aplica pena antecipada, e sim medida civil alternativa antecipada ao processo penal, tampouco se pode admitir que a informalidade e a celeridade previstas nesse dispositivo da Constituição sejam inconstitucionais nos termos propugnados por Prado.⁴³⁷

A medida civil proposta como transação “penal” deve ter por critério e como parâmetro as penas alternativas previstas nos arts. 43 a 49 do CP (penas restritivas de direitos e multa). Ter como base, quanto à natureza e aos lindes quantitativos, as penas restritivas de direito prescritas no CP, embora sejam cominadas como sanções penais, não faz, como deseja transparecer Prado, da medida civil, uma autêntica pena no rigor técnico dessa terminologia.

Ao contrário, sobredito parâmetro, prescrito pelo critério democrático da lei em vigor, garante a segurança individual como uma das finalidades do Direito, resguardando a legitimidade das medidas civis, impondo proporcionalidade e razoabilidade na proposta transacional correlata, obstaculizando arbitrariedades e propostas abusivas, que, porventura, possam acometer a discricionariedade de alguns promotores, bem como o sentimento de vingança e veleidade do ofendido, conforme a natureza da ação penal.

A justa observância das hipóteses legais de penas alternativas e de seus limites, dentro de um mínimo e máximo cominados, para a propositura de transação “penal”, garante segurança jurídica pelo critério da legalidade a ser observada, implicando o progresso social com a construção democrática do Estado de Direito idealizado na Constituição, atendendo, por conseguinte, à tríade teleológica do Direito (segurança jurídica, progresso social e justiça substancial).

Não se poderia deixar ao alvedrio do titular do direito à persecução criminal (promotor ou querelante) a propositura de qualquer hipótese de transação “penal”

⁴³⁷ PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85.

sem nenhuma limitação legal, sob pena de incursão em inconstitucionalidade e em gravíssimos absurdos, mormente quando a proposta proviesse do querelante, que, consabidamente, muita vez, encontra-se impregnado de sentimentos negativos, alguns até torpes, em relação à pessoa do suposto autor do fato.

Esse critério de proposta da transação e de aplicação de medidas civis alternativas por homologação judicial, todavia, não empresta a essas medidas o apanágio de sanção penal, em seu sentido rigorosamente técnico. Primeiro, por não ter havido processo para a sua aplicação; segundo, por não haver sentença penal condenatória; terceiro, por não haver efeitos de sentença condenatória.

Portanto, quando a Lei 9.099/1995 emprega o termo “pena” (v.g., artigos 62, 72, 76, etc) referindo-se à medida civil alternativa antecipada ao processo, fá-lo em erronia terminológica, não permitindo, dessarte, que sobre suas sapatas defeituosas se construam argumentos infensos aos JECs.

Prado, conquanto seja contrário à composição de danos na esfera penal como medida extintiva da punibilidade, por entender que as infrações penais devem ser apuradas, não se devendo “transformar a justiça penal em sede de negócios de natureza patrimonial”⁴³⁸, admitiu, na contramão de sua posição doutrinária originária, a extensão das soluções consensuais (transações penais) previstas apenas para os JECs até para as infrações de médio potencial ofensivo, não apenas em procedimento preliminar ao processo, mas no curso deste, sempre que se demonstrar que a sanção penal produzirá efeitos deletérios e incompatíveis com a infração praticada.

Urge concluir que Prado acabou reconhecendo que a transação “penal” é um benefício ou, no mínimo, um mal menor do que o processo penal e, *a fortiori*, do que a sentença penal condenatória, admitindo que ela funciona como “fator de interdição do processo penal”. Melhor seria chapá-la como “fator de impedimento absoluto da instauração do processo penal”, pois só se interdita aquilo que já começou, além do que a interdição, em alguns casos, é instituto jurídico de natureza temporária, não se tratando de nenhuma dessas hipóteses.

Prado, portanto, acaba contradizendo a sua concepção de que a transação “penal”, em relação ao suposto autor do fato, tem como “único exclusivo fim, o de

⁴³⁸ PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 95.

aceitar ser punido”, diagnosticando na transação o rigor técnico-terminológico de sanção penal, como também não converge com suas afirmações de que se trata de punição sem processo, de que sobredita medida não é um direito subjetivo ou que ninguém pode ser “beneficiado por meio de uma punição”⁴³⁹.

Gomes, ao tratar da natureza jurídica da transação “penal”, identifica “na sanção transacional natureza jurídica nitidamente penal”, pois a medida decorrente da transação, consistente em “restrição de direitos ou multa”, reveste-se “de todas as características de uma sanção penal”, ou seja, decorre “da *suposta* prática – de um ilícito penal; têm caráter aflitivo e retributivo; chega-se a elas por meio do processo”, esclarecendo, ainda, quanto à vontade do legislador:

Ademais, se a intenção do legislador fora a de conferir à pena transacional a natureza de obrigação civil – intuito que parece definitivamente não o ter orientado – nada o impediria de empregar termos claros, evitando, com a transparência do vernáculo, a incerteza acerca da essência jurídica da medida. Melhor seria ter se referido, no lugar de ‘aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas’, a ‘acordo civil’, a ‘aceitação de obrigação civil’ ou outra expressão equivalente, dotada de maior precisão técnica do que – por óbvias limitações pessoais – as aqui sugeridas.⁴⁴⁰

Há três pontos a dialogar quanto à preleção de Gomes na ordem seguinte:

- a) A alegada vontade do legislador manifestada na “clareza” da Lei 9.099/1995 quanto ao termo pena no sentido de sanção penal;
- b) A alegação de a aplicação da transação “penal” dar-se sem o devido processo legal;
- c) A alegação de que a medida civil alternativa aqui tratada como tal teria natureza de pena pela identificação dos caracteres aflitivo e retributivo peculiares a esse termo.

Quanto à vontade do legislador, embora Gomes afirma ser a transação de “natureza nitidamente penal”. Referida clareza não é demonstrada por ele quando assevera que se o legislador quisesse, teria evitado “com a transparência do vernáculo, a incerteza acerca da essência jurídica da medida”, aduzindo que a ele poderia ter mencionado “no lugar de ‘aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas’”, outras expressões como “‘acordo civil’, a ‘aceitação de obrigação civil’ ou outra expressão equivalente”.

⁴³⁹ PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85-6.

⁴⁴⁰ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 96.

Ora, a aludida “nitidez” quanto à natureza penológica da transação parece decorrer precipuamente do nome a ela dado pelo legislador, relegando-se a sua verdadeira essência, pois, em outras palavras, Gomes acaba asseverando haver “incerteza acerca da essência jurídica da medida”, dirimindo-a com o termo “pena” empregado, erroneamente, pelo legislador.

Observa-se, no transunto suscitado, que Gomes não reconheceria a “natureza nitidamente penal” da transação, se o legislador, em vez de mencionar pena, tivesse nominado a medida civil alternativa antecipada de “obrigação civil” ou expressão equivalente, ou seja, o autor prendeu-se à terminologia impropriamente escolhida pelo legislador ordinário, desconsiderando a verdadeira essência da transação à luz do texto constitucional, que, aliás, itera-se, não a adjetiva de “penal”.

Dworkin⁴⁴¹ pontifica, quanto à vontade do legislador, ao cotejar a hermenêutica literária com a jurídica, indigitando pontos de semelhança entre as duas, que, embora referida volição, no procedimento dialógico da hermenêutica, seja também importante, esse argumento não é o mais recomendável, até porque, não raramente, a vontade do legislador, que não é um só, mas integra um imenso colegiado, pode vir a ser acometida de interesses pessoais, partidários e até espúrios.

Além do que, a melhor interpretação (literária ou jurídica), segundo Dworkin, não é a que agrada a seu autor, mas aquela que tiver a capacidade de melhor “estimular ou inspirar a vida daqueles que a desfrutam”, ou seja, a produção literária, assim como a jurídica, na alheta do utilitarismo garantista de maximização da felicidade e minimização do sofrimento, devem propiciar bem-estar, conforto, satisfação, inspiração a seu público, que é a um só tempo o indivíduo e a sociedade, estando essa orientação cônsona com a tríplice finalidade do Direito.

Assim, os fins do aplicador da norma e do elaborador do Direito estão volvidos ao progresso social (paz e bem-estar social) construído com segurança jurídica e justiça substantiva. A dádiva do aplicador do Direito ou de seu elaborador, segundo a orientação dworkiana, está em colocar em primeiro plano não o autor da lei ou da obra ou o que quiseram expressar, mas o seu público alvo.

Na interpretação jurídica, não se desconsidera a vontade do legislador no procedimento hermenêutico dialógico, pois nada se repudia *a priori*, mas a ela não se deve prender. Entre o que o legislador anelou e os valores e princípios

⁴⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 221-235.

constitucionais, estes deverão, coincidentes ou antagônicos à volição dos parlamentares, sempre prevalecer, sendo injuntivo, ao intérprete, eleger⁴⁴² o melhor princípio de moralidade política para o caso concreto.⁴⁴³

O melhor princípio de moralidade política a ser eleito pelo aplicador ou pelo elaborador do Direito será aquele que melhor edifique o Estado de Direito, centrado em direitos⁴⁴⁴. Assim deverá ser considerado o princípio que melhor construa o texto constitucional, dando-lhe vida.

Não se apresenta consentâneo ao constitucionalismo e à construção do Estado (Social) Democrático de Direito, o argumento de que se o legislador ordinário (errático e extremamente criticado pelos juristas em geral por amiúde empregar terminologias impróprias) empregou as expressões “transação penal” e “pena antecipada”, em vez de “acordo civil” e de “aceitação de obrigação civil”, porque teria tencionado dar uma roupagem de sanção penal ao que aqui se denomina de medida civil alternativa antecipada ao processo. Não deve ser essa a (re)leitura da Lei dos JECs, à luz da Constituição.

Impende iterar (por ser a leitura constitucional de toda a legislação hierarquicamente inferior melhor orientação hermenêutica do que a vontade presumida do legislador ordinário) que o Poder Constituinte, no art. 98, inc. I, previu os institutos da “conciliação” e da “transação” sem a adjetivação “penal”^{445, 446},

⁴⁴² Direito é eminentemente política, pondera Dworkin. Cf. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁴³ É o que Barroso leciona quando distingue interpretação constitucional de construção, conforme nota anterior. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 103-104.

⁴⁴⁴ Expressão empregada por Ronald Dworkin, havendo neste trabalho nota de rodapé explicativa quanto ao assunto no tópico intitulado “Progresso Social”. Cf. *Op. cit.*

⁴⁴⁵ Assim como o significado das palavras deve ser considerado na interpretação (método gramatical). A inexistência de adjetivos também, uma vez que eles restringem a significação do termo com a elaboração de uma expressão sintagmática [sobre sintagma ver nota seguinte]. Insta memorar o brocardo latino, muito utilizado em hermenêutica, de que “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”: ‘Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir’. Pois bem, sobre o assunto, Barroso leciona que “O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica”. Interpretando as palavras de Barroso, *a contrario sensu*, o autor assevera que se as palavras não são supérfluas, também aquelas que forem empregadas pelo constituinte não devem ser coarctadas por adjetivações não empregadas no texto original, e, decerto, não queridas pelo constituinte originário, pois as suas palavras – presume-se – foram usadas com exação. Cf., respectivamente, em SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 246 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 130.

⁴⁴⁶ Sobre sintagma, Hernandes define: “- Combinação de unidades na cadeia da fala: *o menino, vida humana, trabalhar bem, às mil maravilhas*. Esse termo é empregado de forma flexível pelos

tendo sido o sintagma “transação penal” criado pela Lei 9.099/1995, lembrando, ainda, que o texto constitucional não se refere à “pena antecipada”, sendo, este, outro sintagma de autoria do legislador ordinário.

Pois bem, se a intenção do legislador for tão relevante (não se nega aqui a sua importância, mas apenas a sua dimensão exacerbada), consoante postula Gomes,⁴⁴⁷ então, que prevaleça a do constituinte originário que teceu o art. 98, inc. I, da CF/1988, sem o adjetivo “penal” para a transação, em vez da suposta vontade do legislador ordinário ao confeccionar, erroneamente, a Lei 9.099/1995.

Por essa razão, à luz do texto constitucional, o que parece evidente não é a natureza de sanção penal da medida decorrente da transação, mas sim, a de que a transação “penal”, reconhecida por Gomes como sendo instituto etimologicamente de natureza cível⁴⁴⁸, é nada mais que uma autêntica transação civil impeditiva de processo penal, tendo por objeto a “aceitação de obrigação civil”, e não de infligção de “pena antecipada”, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo pena sem observância do devido processo legal, punição sem demonstração de culpabilidade. Esta é a leitura constitucional que se deve fazer das expressões sintagmáticas constantes da Lei 9.099/1995: “transação penal” = transação civil⁴⁴⁹ e pena antecipada = medida civil alternativa antecipada ao processo penal.

O segundo ponto quanto à preleção de Gomes é o de que se chega à “pena antecipada” sem o devido processo legal. Na fase preliminar, contudo, não há processo penal, mas procedimento judicial preliminar ao processo e com o intuito de evitar a instauração deste. Nesse estágio, nem mesmo existe ação penal proposta, correndo o prazo prescricional até enquanto ela não for recebida.

lingüistas conforme a corrente e pode indicar combinação desde unidades infralingüísticas, como em *re + ler = reler*, até sintáticas, como em “O estudo intensivo é importante (*estudo* = núcleo do sujeito; *o* e *intensivo* = adjuntos adnominais). Na Lingüística estrutural, o sintagma é grupo de unidades que formam conjunto funcional em uma estrutura hierarquizada. Assim, em “O gato pulou o muro”, o *gato* é sintagma nominal e *pulou o muro*, sintagma verbal. Este, por sua vez, é composto de verbo (*pulou*) e de outro sintagma nominal (*o muro*). Cf. HERNANDES, Paulo Antônio Outeiro. *Glossário de gramática e língua*. Disponível em <<http://www.paulohernandes.pro.br/glossario/indice.html>>, consulta feita em 24/6/2008.

⁴⁴⁷ *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 96.

⁴⁴⁸ “Quer-se pensar que a construção de um conceito para transação penal pressupõe, inarredavelmente, a compreensão do que vem a ser transação na esfera cível, uma vez que o direito privado de há muito agasalha tal providência como um modo de extinção das obrigações.” Cf. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

⁴⁴⁹ A natureza civil da transação “penal” reside em assunção de obrigação civil por manifestação de vontade do suposto autor do fato, aceitando uma proposta de acordo feita pelo titular da ação penal, semelhantemente a um contrato. Sobre as fontes das obrigações ver RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. 30. ed. atual. São Paulo, Saraiva 2002. p. 10.

Na mesma obra, Gomes revela que “Não há, nesta fase, ação ou processo”, tratando-se de uma audiência preliminar considerada como “ato pré-processual – assim como a própria transação penal”⁴⁵⁰. Essa afirmação, em um ponto, contradiz a própria assertiva de que a “pena antecipada” é sanção no sentido técnico; noutra, vem em consonância à propugnação deste trabalho, no sentido de que a medida civil não é pena e a transação “penal” não tem natureza penal, mas cível.

Nesse sentido, prega Santoro Filho⁴⁵¹, ao consignar que a transação “penal” não constitui sanção penal, porém, uma obrigação civil aquiescida pelo suposto autor do fato e homologada pelo juiz, sendo a medida civil alternativa antecipada de “multa” uma obrigação de pagar quantia certa em prazo determinado e as demais alternativas, prescritas como restritivas de direitos, teriam a natureza de obrigação civil.

Quanto ao último ponto, Gomes advoga que a natureza de “pena” da transação decorreria dos caracteres aflagrante e retributivo que lhe são peculiares, contudo a natureza da pena é determinada precipuamente pela norma que a comina, interpretada sob o farol da Constituição. Aqui está o desate final do nó górdio da questão.

Ora, se a Lei 9.099/1995, à luz do texto constitucional e regulamentando-o, trata de extinção da punibilidade mediante a transação (que para a CF/1988 não é adjetivada de “penal”), não há que se falar em pena nem no sentido de sanção penal nem no sentido de pena jurídica de nenhuma outra natureza, mas de “obrigação civil” assumida por mera conveniência do titular de um direito público subjetivo, qual seja, o direito ao exercício do instituto da transação “penal” (leia-se “transação civil”) para não ser processado criminalmente.

Os supostos caracteres aflagrante e retributivo somente poderiam ser demonstrados como sendo de natureza penal, se realmente houvesse um processo penal, do contrário, não.

A título ilustrativo, importa apresentar dois casos: a) o cidadão A, culposamente, colide com o veículo de B, seu desconhecido, produzindo apenas danos materiais; b) o cidadão A, dolosamente, colide com o veículo de B, seu desafeto, produzindo apenas danos materiais.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁵¹ SANTORO FILHO, Antônio Carlos. A natureza jurídica da transação penal. *Boletim IBCrim*. São Paulo, n. 49, pp. 3-4, dez. 1996.

Em cada uma das situações susoditas, há um fato ilícito, mas somente na segunda hipótese há crime de dano (art. 163 do CP), ou seja, um ilícito, realmente, penal. Contudo, em ambos os casos, o cidadão A terá a responsabilidade civil de indenizar B, sofrendo, por conta dessa indenização, uma perda patrimonial. Portanto, a indenização, na esfera cível, também terá a natureza de “infilção” de pena e de “retribuição”, mas não por um ilícito penal, sendo cediço que, ontologicamente, os ilícitos civil e penal não se distinguem, salvo pelas normas que as prescrevem e em relação às quais cominam penas. Isso se constata mais claramente, *v.g.*, na *actio civilis ex delicti* (art. 68 do CPP).

Essa realidade, em vez de infirmar, avigora a assertiva de que a indenização na esfera cível não possui caráter penal, embora decorra de um ilícito civil no primeiro caso e de um ilícito penal no segundo.

Em ambos os casos, o cidadão sofrerá a supressão de parte de seu patrimônio (infilção civil) por um ilícito praticado (civil ou penal), constatando-se, portanto, que o efeito retributivo decorre do ato ilícito em si, independentemente de ser civil ou penal, porque ontologicamente esses ilícitos não se distinguem, permitindo concluir que as características de “infilção” e de “retribuição” não são exclusivas da sanção penal, mas conseqüências do ato ilícito, apontado pelo art. 927 do Código Civil⁴⁵², como uma das causas gerativas da obrigação civil.⁴⁵³

Nem mesmo a prisão pode ser apontada, *a priori*, como sanção penal, porque, pode ter natureza cautelar (processual) ou ainda ser prisão civil prevista como garantia de pagamento de dívida de alimentos ou do infiel depositário.

A impossibilidade de se distinguir a natureza das penas pelos aspectos da “infilção” e da “retribuição” suscitados por Gomes ainda é mais visível diante da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos penal e administrativo, pois ambos buscam como efeitos sancionadores os dois aspectos em lume (infilção e retribuição), além do que os dois ilícitos possuem seus respectivos fatos típicos e antijurídicos descritos taxativamente em lei. Como, então, distinguir a multa penal cominada isoladamente a algumas contravenções penais da multa administrativa

⁴⁵² Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

⁴⁵³ Não se está a dizer com isso que a transação “penal” tenha natureza civil por decorrer de ilícito civil, pois a exemplificação diz respeito somente à natureza ontológica comum dos ilícitos penais e civis. A natureza civil da transação “penal” reside em assunção de obrigação civil por manifestação de vontade do suposto autor do fato, aceitando uma proposta de acordo feita pelo titular da ação penal, semelhantemente a um contrato. Sobre as fontes das obrigações, ver RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. 30. ed. atual. São Paulo, Saraiva 2002. p. 10.

pelo critério de Gomes? Decerto, é impossível guiar-se por referida orientação, senão, recorrendo-se à natureza da norma que as comina (penal ou administrativa, mas sempre, quer uma, quer outra, interpretadas sob o farol constitucional).⁴⁵⁴

À guisa de exemplo frisante, tome-se, ainda a pena de multa. Conforme a natureza da norma que a comina, ela pode ser civil (cláusula “penal”⁴⁵⁵ decorrente de contrato civil); administrativa (tipificada em lei como sanção administrativa); medida civil de multa antecipada ao processo penal (cujos parâmetros estão no Código Penal), mas que não constitui pena segundo a orientação ora advogada e, por fim, a multa de natureza penal.

A multa prevista como sanção penal, ainda pode ser de quatro vertentes: a) multa propriamente dita, prevista como sanção pecuniária, regulamentada nos arts. 49 *et seqq.* do CP; b) multa substitutiva, decorrente de condenação, prevista nos arts. 60, § 2.º e 44, § 2.º, bem como em alguns dispositivos da parte especial do CP, *v.g.*, arts. 129, § 5.º, etc.; multa reparatória, prevista no art. 297 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB), decorrente de condenação por crime de trânsito desde que haja comprovação de dano material nos autos do processo penal.

Cumprido esclarecer que o CTB inovou no ordenamento jurídico penal quando previu multa reparatória como sanção penal no rigor técnico desse termo, que não se confunde com a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária – arts. 43, inc. I e 45, §§, do CP. O que se observa, é nada mais que uma sanção penal de efeitos civis, assim como se tem a “cláusula penal” como sanção nitidamente civil, mas que carrega a nomenclatura “penal”. Ora, por que não se ler, ao contrário da leitura de Gomes, transação “penal” no texto da Lei 9.099/1995, à luz do art. 98, inc. I, da CF/1988, como transação “civil”, se esse instituto visa à aceitação de uma medida civil alternativa antecipada tanto em relação ao processo penal quanto em relação à sentença penal condenatória e à pena dela conseqüente?!

⁴⁵⁴ Sobredita observação vem sendo repisada pela necessidade de se demonstrar que o intérprete da Lei 9.099/1995, quando nela ler “pena antecipada”, deverá partir do texto constitucional (art. 98, inc. I) e a ele retornar, perscrutando a Lei dos JECs com essa diretriz, para confirmar e materializar a Constituição, e não o que o legislador infraconstitucional, por si só, anelou produzir.

⁴⁵⁵ Observe-se que o que a doutrina civilista e o Código Civil (art. 410) tratam por cláusula penal contratual, embora carregue a adjetivação “penal”, não tem natureza de sanção penal, e sim civil. Isso ninguém discute. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* 1.ª parte. v. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva 1999. pp. 199-219 e DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 11. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 396.

Encerrado o diálogo com as críticas de Gomes, cumpre prosseguir esclarecendo que quando o caso penal passa ao JEC, os objetivos legais desse órgão jurisdicional (a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade) deverão ser atendidos o máximo possível.

Pois bem, atender aos objetivos legais dos JECs o máximo possível consiste (ultrapassada a fase da composição de danos) em se priorizar a medida civil alternativa antecipada de prestação pecuniária, conjugando-se os dois objetivos dos JECs em uma única medida civil alternativa⁴⁵⁶, convertendo-se o objeto dessa medida, prioritariamente, em favor da vítima, consoante escolia Bitencourt⁴⁵⁷ com soco no art. 43, inc. I, combinado com o art. 45, § 1.º, do CP.

Ora, se no juízo comum cível ou no juizado especial cível, quanto às duas situações acima reportadas, a indenização é de natureza cível (ação civil *ex delicto*), e não penal – sendo essa uma assertiva irrefutável –, não se constata razoabilidade em se atribuir natureza penal a uma conciliação civil, celebrada e homologada em procedimento preliminar pré-processual, cuja consequência jurídica é a extinção da punibilidade do suposto autor do fato em evitação tanto da propositura de ação penal quanto da instauração do processo penal.

Chies, reconhecendo a impropriedade da terminologia “pena” como proposta de transação “penal”, propõe, entre outras reformas pontuais da Lei 9.099/1995, que o *caput* do art. 76 tenha sua redação alterada no trecho assim vazado “propor a aplicação imediata de **pena** restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta” para “propor a aplicação imediata de **obrigações de sanção jurídica sócio-reparatórias**, a serem especificadas na proposta”⁴⁵⁸ (grifou-se).

A proposta de Chies é boa no ponto em que ele reconhece a natureza da transação como não sendo de sanção penal. Entretanto, é tímida por reconhecer-lhe a natureza de “pena jurídica”. Admitir a proposta de transação “penal” como “pena jurídica”, ainda que não seja de natureza criminal, mitiga o erro, contudo, não o elide.

Aceitar-se, como sanção jurídica, a natureza da proposta de transação “penal” seria admitir a aplicação de sanção sem processo, ainda que não de natureza penal, mas de qualquer forma de sanção sem defesa e sem processo, o

⁴⁵⁶ Ver artigo 62 da Lei n.º 9.099/1990.

⁴⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n.º 9.714/98*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴⁵⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos juizados especiais criminais”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 197.

que resvalaria esse instituto à inconstitucionalidade, tanto é assim que Chies é coerente com sua proposta, pois ao reconhecer a natureza de sanção jurídica, propugna que a transação “penal” só possa ser proposta no epílogo da instrução processual, quando já assegurados o contraditório e a ampla defesa, sendo feliz ao ponderar que a reforma pontual dessa terminologia (pena), embora seja tímida, é “expressiva numa perspectiva de ruptura com o paradigma meramente punitivo em litígios, no encaminhar de um novo modelo resolutório de conflitos”⁴⁵⁹.

Torna-se injuntivo capitular alguns aspectos importantes das medidas civis previstas como propostas da transação “penal” (leia-se “civil”):

a) Elas vêm como um direito cujo exercício gera benefício ao suposto autor do fato evitando um mal maior, sendo esse um sentimento amiúde vivido pela maior parte dos supostos autores do fato, ou seja, como impedientes da sanção penal e de todas as conseqüências estigmáticas da condenação criminal, além do que são voluntariamente aceitas pelo suposto autor do fato, que se sente mais beneficiado por elas que, segundo a crítica, lesado em seus direitos fundamentais;

b) É igualmente certo que a composição de danos civis na audiência preliminar firmada entre a vítima e o suposto autor do fato, cuja proposta é precedente à transação “penal”, muita vez até excluindo esta, também gera prejuízo ao suposto infrator. Todavia, ninguém cogita de sua natureza civil, embora também seja uma resposta do Estado diante do conflito penal que se lhe apresenta. Igual situação ocorreria se a indenização fosse conquistada no juizado especial cível ou em uma vara cível. Conclui-se que nem todo prejuízo advindo de procedimento judicial como resposta do Poder Público diante de um caso penal que se aprecia configura pena, no sentido rigorosamente técnico desse termo;

c) Há casos, consoante previsão lastrada no art. 45, § 1.º, do CP, em que a medida antecipada proposta a título “preferencial” de transação “penal” tem o mesmo fito da reparação buscada com a composição de danos, quando o legislador determina que a prestação pecuniária consistirá no pagamento em dinheiro, preferencialmente, feito pelo suposto autor do fato à vítima ou a seus familiares. A preferência pelo pagamento à vítima indigitada quanto à ordem de vocação disposta no art. 45, § 1.º, do CP, decorre da enumeração desse

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 198.

dispositivo, sob a chancela doutrinária de Bitencourt⁴⁶⁰, que prefere acertadamente a vítima, e de sua combinação com o art. 62 da Lei 9.099/1995, quando este dispõe ser a reparação do dano um dos dois objetivos legais dos JECs;

d) Embora não se admita a natureza nem mesmo de sanção civil quanto à medida civil alternativa, insta comentar que muitas sanções de natureza não penal, admitem a sua aplicação sumária e sem ampla defesa e contraditório precedentes. Por exemplo, as multas contratuais impostas como cláusulas penais na seara cível e administrativa, em que primeiro elas são aplicadas e, caso haja discordância, somente, então, são discutidas em processo administrativo ou judicial, enquanto que no processo penal é inadmissível a aplicação de pena prévia ou antecipada, pois inconstitucional, em razão de representar grave ofensa aos princípios do devido processo legal e da não-culpabilidade. Portanto, a medida antecipada se aproxima mais das características da sanção civil, que da sanção penal, embora não seja nem uma nem outra, mas, simplesmente, medida civil alternativa antecipada ao processo penal, aceita voluntariamente pelo suposto autor do fato por sua inteira conveniência e em benefício próprio, da sociedade e, às vezes, da vítima, quando esta obtém, pela via indireta da medida civil de prestação pecuniária, a respectiva reparação do dano (art. 45, § 1.º, do CP).

e) Ainda que o Estado houvesse antecipado seu poder de punir, o que não se admite em razão do caráter despenador dos JECs, não se estaria negando as três finalidades do Direito se os JECs viessem concretizar a intervenção estatal fundados na necessidade de se garantir a segurança jurídica e a paz social com maior eficiência, repelindo ilícitos penais e a impunidade com uma resposta menos rigorosa que a tradicional, decerto, mais humana, eficaz e anuída pelo próprio suspeito;

f) Qualquer suspeito tem direito a ser tratado como inocente em decorrência da presunção constitucional, mas sua condição real de “culpado” ou de inocente, bem antes do trânsito em julgado da condenação, já está na consciência (“com ciência” do fato e da autoria) dele, impondo-se a assertiva de que ninguém melhor do que quem porta a “consciência” do fato, da verdade e da autoria para poder bem aferir acerca da conveniência das propostas conciliatórias, sendo essa uma verdade não presumida.

⁴⁶⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n.º 9.714/98*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

3.8 JECs como ferramentas de ampliação do poder punitivo estatal

Salo de Carvalho⁴⁶¹ apoda o art. 98, inc. I, da CF/1988, de norma constitucional programática criminalizadora ao lado de outras normas constitucionais que teriam promovido a excessiva edição de leis penais e processuais penais no País.

Segundo os mesmos críticos, reportados no tópico anterior, que entendem haver “pena antecipada” nos JECs, a transação “penal” pelos JECs seria um instituto de ampliação do poder punitivo estatal, pois como os órgãos envolvidos com a promoção da justiça penal desde a fase policial são insuficientes e limitados, o Estado não vinha dando conta de apurar e julgar a significativa quantidade de condutas tipificadas como crimes ou contravenções, assim, em vez de revogar a maioria das infrações de menor potencial ofensivo, o Estado criou os JECs como órgãos de criminalização para fazer frente a essas infrações, seguindo um modelo panóptico de “tolerância zero”.

Assim, em vez de abolir as contravenções e até alguns crimes, a estratégia estatal, teria, por meio dos JECs, renovado sua “caixa de ferramentas” para ampliar seu poder punitivo, alcançando infrações antes desprezadas.

O aumento do volume processual com os JECs, em razão da maior demanda dos jurisdicionados como fruto do próprio exercício da cidadania em maturação, mais visível na busca da tutela judicial quanto a bens jurídicos cujas afetações eram, muita vez, relegadas pelo Estado, em descaso das vítimas, bem como pela despreocupação em relação ao mais fraco, ao pobre, ao hipossuficiente, às minorias qualitativas (as vítimas da violência, em sua maioria, são pobres),⁴⁶² embora tenha aumentado o custo da prestação jurisdicional, ao contrário do que se diz, não estorva, mas incrementa a segurança jurídica e com ela o progresso social.

O descontentamento da crítica quanto a se ter acordado as contravenções penais do “estado de hibernação” em que se encontravam, quando deveriam ter sido “revogadas”, ao invés de avivadas com a facilidade de sua apreciação pelos JECs

⁴⁶¹ CARVALHO, Salo de. “Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 89.

⁴⁶² ZAFFARONI, E. Raúl *et alii*. *Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

mediante um procedimento informal que teria gerado uma crise⁴⁶³ no Judiciário com o aumento de custos e de trabalho incompatível com o número de agentes públicos envolvidos na administração da justiça (juízes, promotores, delegados, etc.), permitiria chegar-se à errônea conclusão de que o Código de Defesa do Consumidor também foi nocivo à sociedade por aumentar as demandas judiciais decorrentes de relações *consumeiras*, incrementando, na mesma sorte, a crise do Judiciário.

A proposta de revogação das contravenções penais e da maioria dos crimes de menor potencial ofensivo, impedindo que os respectivos conflitos sejam submetidos à apreciação do Judiciário (na esfera penal), para que esse Poder seja desafogado da volumosa carga de trabalho que o coloca em “crise” não é consentâneo com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, inc. XXXV)⁴⁶⁴, ainda mais quando a proposta alternativa é de se permitir e se incentivar a temerária, ou melhor, perigosa composição extrajudicial desses conflitos.⁴⁶⁵

Não se é favônio à radicalização, em prol da promoção eficaz da segurança jurídica e do progresso a qualquer custo, da política radical nova-iorquina de “tolerância zero”,⁴⁶⁶ mas de uma política de (in)tolerância equilibrada e razoável em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, atribuindo-se, ao Estado, mecanismos para maior eficácia na prevenção da criminalidade, seja ela de que ordem e grandeza for, ainda mais quando é cediço que a impunidade atua como

⁴⁶³ O aumento da demanda judicial e a judicialização dos novos direitos sociais, segundo Azevedo, foram fatores determinantes tanto para a visibilidade social da crise da administração da justiça e da insegurança jurídica, como para a pesquisa e implementação de novos mecanismos, mais eficientes, destinados à função jurisdicional, no anelo de se obter justiça eficaz a um custo mais reduzido e por meio de instrumentos menos demorados. Cf. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. “O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 111.

⁴⁶⁴ Cf. Conforme escólio de Salo de Carvalho a segurança jurídica está jungida a dois princípios constitucionais basilares de Direito Penal e de Direito Processo Penal: “(a) o princípio da legalidade” [...] e (b) o princípio da *jurisdicionalidade*”. CARVALHO, Salo. “Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro”. In CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 93.

⁴⁶⁵ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

⁴⁶⁶ Esse rótulo é midiático, na verdade, seus formuladores preferem nominar esse programa de “Qualidade de Vida”, decorrente da Teoria das Janelas Quebradas de autoria de James Q. Wilson em parceria com George Kelling, publicado em 1982, na revista norte-americana *Atlantic Montly*. Belli esclarece que “O argumento principal da teoria é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora das janelas quebradas funcionaria assim: se algumas janelas quebradas, em um edifício abandonado, não forem logo consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas admitirão que ninguém se importa com seus atos de incivildade e continuarão a quebrar mais janelas.[...] As pequenas desordens e incivildade do cotidiano, portanto, não devem ter sua importância minimizada”. Cf. BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 64.

um dos fatores de criminalidade e de insegurança, estorvando o progresso econômico-social, bem como é consabido que, geralmente, grandes criminosos começam por meio de pequenos delitos e contravenções,⁴⁶⁷ que quase sempre, antes dos JECs, passavam ignorados, sem resposta e tratamento estatal consentâneos, pelo que os JECs, tal qual idealizados constitucionalmente, são bem-vindos, não como agências exclusivas de criminalização, mas de promoção da segurança jurídica, pela maior efetividade e pelo incremento do sentimento de certeza da tutela dos bens jurídicos individuais, e do progresso social, pela paz e bem-estar que eles têm potencial para edificar.

Alvitra-se, na diretriz *dworquiana* de construção do Estado Democrático de Direitos, “centrado em direitos”⁴⁶⁸, que os JECs sejam (re)construídos, visando à concretização da tridimensionalidade finalística do Direito por meio de um novo paradigma, o da justiça penal consensual, de forma mais rápida, útil (na visão garantista) e eficiente, que possibilite, sempre que possível, a reparação do dano, o

⁴⁶⁷ Nélson Hungria pontifica que “O ilícito penal é um *genus* de que são *species* o crime e a *contravenção*. Esta, porém, não é senão crime de menor entidade, o *crime anão*. Se não há diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito civil ou administrativo, muito menos poderá ser encontrada entre esses dois ramos do mesmo tronco”. Cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Arts. 11 a 27. 3.ed. rev. atual. v. I. t. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 36, item 56.

⁴⁶⁸ Na concepção de Estado de Direito, “centrado em direitos”, os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Esses direitos e deveres devem ser positivados para que possam ser mais bem exigidos pelos diversos cidadãos e grupos diferentes que compõem a sociedade. Em casos controversos, denominados de *hard cases*, em ato de judicialização da política constitucional, esses direitos devem ser reconhecidos e construídos pelo Judiciário, como, por exemplo, quando se repudia a interpretação literal do princípio da igualdade que estabelece que todos são iguais “perante a lei”, negando-se as ações afirmativas e as obrigações positivas do Estado, consoante outrora se fazia no Estado Liberal, para que se possa, “por meio da lei”, tratar desigualmente os desiguais na proporção em que se desigalam, sem, por seu turno, deixar de respeitar as diferenças individuais existentes na sociedade, dado seu caráter plural. Nessa concepção, o conteúdo do Direito é importante, ele deve ser justo, além de ter passado pelo processo legislativo ditado pela Constituição, pois validade não é sinônimo de vigência apenas. A concepção de Estado de Direito, centrado em direitos, reconhece que os cidadãos possuem direitos e deveres morais (fundamentação ética) entre si e direitos políticos perante o Estado, devendo, esses direitos morais e políticos, ser reconhecidos no Direito positivo. Essa concepção adota a justiça substantiva como um ideal do Direito em consonância com a teleologia da TTD, só podendo ser compreendida dentro de uma visão contextual e sistêmica das ciências em geral e do Direito em particular. Dworkin advoga favoravelmente aos argumentos de princípios de moralidade política (de natureza constitucional, e não partidária), por serem mais consentâneos ao ideal de um Estado de Direito, centrado em direitos, e não, meramente, no texto legal, conquanto reconheça que se exige como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. Esclarece que o Estado de Direito, centrado no texto legal (de orientação paleopositivista), limita-se a cumprir seu ordenamento jurídico, sem se importar com seu conteúdo jurídico, por entender que a concepção de justiça substantiva é um ideal diverso do Estado de Direito, devendo a lei ser obedecida, por ter passado pelo processo legislativo, sendo expressão da maioria. Essa orientação, de natureza utilitarista, desconsidera a necessidade de regras pluralistas que atendam aos direitos das minorias existentes na sociedade e a finalidade do Direito quanto à concretização da justiça material, não lhe interessando perquirir o sentido de justiça do Direito e das decisões judiciais. Cf. *in* DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp.1-17.

afastamento da pena privativa de liberdade e a justiça restaurativa, quer em sua fase procedimental preliminar, quer em seu estágio processual.

Não se deve olvidar que o processo é um instrumento, e que a concretização da justiça é o fim, que, decerto, não justifica qualquer meio, mas deve ser sempre considerada, dentro do critério da razoabilidade, como parâmetro de consonância entre o meio e o fim, bem como entre a pretendida eficiência e o ideário de justiça.

A Lei 9.099/1995 não tratou de (des)criminalização, e sim de institutos despenadores, sendo a transação um deles. Descriminalizar é tornar atípicas, por meio da *abolitio criminis*, condutas que até então eram legalmente infrações penais, tratando-se, portanto, de uma medida legislativa; enquanto que medidas despenadoras são tomadas judicialmente apenas para deixar de punir o infrator, sem descriminalizar a conduta no aspecto formal, ou seja, a conduta continua a ser tipificada como infração penal, mas por uma medida judicial, prescrita em lei, deixa-se de aplicar a pena, consoante ocorre, de regra, com a conciliação nos JECs.⁴⁶⁹

Lopes Jr. assevera que os institutos da “justiça negociada” ofendem alguns princípios do processo penal garantista (“processo penal justo”). Entre esses princípios, assinala o “da inderrogabilidade do juízo e o da fundamentação das decisões judiciais”,⁴⁷⁰ sob o entendimento de que, ao homologar a conciliação (composição de danos ou transação “penal”), o juiz estaria declinando de sua função jurisdicional e, ao mesmo tempo, procedendo a uma decisão judicial sem fundamentação, o que torna sua conclusão contraditória, pois ou o juiz decide e, nesse caso, não declina da jurisdição, ou não decide e, então, não há que se falar em decisão sem fundamentação.

Urge esclarecer, quanto ao princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que, quando se trata de acordo judicial, não há necessidade de fundamentação. É cediço que acordo não se fundamenta, homologa-se.

O que se dizer, então, do tribunal do júri, instituição secular em muitos Estados, em que a condenação do réu se dá pela maioria de votos sem nenhuma

⁴⁶⁹ A respeito do caráter de medida despenadora, embora sem a reconhecer na transação “penal”, Marcus Alan de Melo Gomes pondera: “A despenalização permite, destarte, que o autor não seja punido por um comportamento formalmente tido como delituoso, mas materialmente inexpressivo para a ordem jurídica. Nesses casos, o Direito Penal renuncia à sua intervenção em favor da atuação de outros mecanismos de controle social”. Cf. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 74.

⁴⁷⁰ LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 118.

fundamentação, em razão do princípio da íntima convicção dos jurados e por crimes bem mais graves que os da competência dos JECs?!

Em verdade, o Estado, que antes necessitava selecionar as infrações penais, abandonando a apuração de muitas delas, tidas como menos relevantes, deixando as respectivas vítimas à própria sorte, enquanto elegia outras poucas para a efetiva apuração e processamento, hoje, por meio dos JECs, pode fazer-se mais presente, ao tomar conhecimento da ocorrência de infrações de menor potencial ofensivo. Agora, decerto, as vítimas, na condição de titulares de direitos fundamentais estão menos relegadas do que outrora.

Em vez de ofender o Estado (Social) Democrático de Direito, o que se faz é concretizar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição quanto a qualquer ofensa ou ameaça a direito (art. 5.º, inc. XXXV), ainda que decorrente de simples contravenção, reconhecendo-se a vítima como titular de direitos no espaço penal, não apenas antes do crime (genericamente), como depois de sua ocorrência (vítimas específicas). Não se deve deixar a vítima de fora da solução de um conflito penal se este afetou bem jurídico seu de forma mais contundente, causando-lhe maior sofrimento que muitas infrações cíveis que nunca excluem os conflitantes do processo de solução judicial, o que se apresentaria como medida excludente ilógica.

A presença mais nítida e atuante do Estado no combate e na prevenção da criminalidade, mesmo no tangente às infrações de menor potencial ofensivo e, sobreposse, em atenção aos direitos fundamentais da vítima, após o advento da Lei dos JECs, não significa, salvo em análise superficial e apriorística, que o Estado tenha ampliado seu poder punitivo; muito menos, que os JECs, idealizados pelo constituinte originário como agências garantidoras da segurança jurídica e promotoras da paz e do bem-estar social – ingredientes do progresso-social –, inspirado por um forte sentimento democrático, tenham sido previstos para esse fim.

Os JECs vieram viabilizar a presença do Estado em um campo em que sua atuação era cobrada pela sociedade, mas não se efetivava na prática em razão do extremo formalismo do processo penal e da constante limitação e insuficiência dos órgãos e recursos estatais.

Não se pode olvidar, muito menos negar, que o Direito Penal possui função educadora por conta de seu caráter preventivo, mormente o de prevenção genérica, e que o descaso com as infrações penais, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, é fator criminógeno identificado há mais de dois séculos por

Beccaria⁴⁷¹. Logo, não se deve deixar passar *in albis*, sem resposta estatal, nenhuma espécie de infração penal, por menos grave que seja, sob o risco de se abrirem as comportas para a criminalidade.

É força afirmar que para se reduzir ou, no mínimo, conter-se a criminalidade, há necessidade de se instalar a certeza social de que o Estado estará presente diante de qualquer caso penal, nem que seja para se avançar oficialmente, segundo a conveniência do suposto autor do fato, uma medida civil alternativa.

O argumento de que muitas infrações penais da competência dos JECs deveriam ser abolidas como medida de limpeza do ordenamento jurídico, relativamente a todas as contravenções penais e a alguns crimes é incompatível com a realidade crescente da criminalidade, mormente da violenta, no Brasil e no mundo.

Desde o advento da Lei 9.099/1995, alguns crimes (e contravenções), que antes tinham penas inferiores a dois anos, tiveram suas sanções aumentadas pelo Legislativo para que saíssem da alçada dos JECs, pois, após verificada sua maior potencialidade lesiva, a medida civil alternativa a que muitos delinqüentes têm direito público subjetivo apresentava-se insuficiente como resposta estatal para a prevenção da criminalidade, clamando por uma intervenção mais rigorosa, exigindo a inflição de pena no rigor técnico desse termo.

Nesse contexto, o rigor legislativo incidiu, à guisa de exemplificação não exaustiva, no porte ilegal de arma de fogo, que, primeiramente, deixou de ser contravenção penal (art. 19 da LCP), passando a ser crime (art. 10 da Lei 9.437/1997) com pena cominada de um a dois anos de detenção; depois, para retirá-lo da competência dos JECs, a Lei 9.437/1997 foi revogada pelo art. 36 da Lei 10.826/2003, cominando penas de um a até três anos (art. 12) de detenção em caso de posse e, de dois a quatro anos de reclusão, em caso de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14)^{472, 473, 474}.

⁴⁷¹ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

⁴⁷² É interessante verificar que com o advento da Lei 9.099/1995, em 26 de novembro de 1995, tanto a posse quanto o porte ilegal de arma de fogo eram tipificados como contravenção, passado pouco mais de um ano, passaram ao patamar de crime com a Lei 9.437/1997, com pena cominada de um a três anos, saindo da esfera da competência dos JECs, mas com possibilidade de *sursis* processual nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995. Em 22/12/2003, é publicada a Lei 10.826, que amplia, no preceito secundário do art. 14, a pena do crime de porte ilegal de arma de fogo para dois a quatro anos, afastando, com isso, a possibilidade de suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995. Constata-se, assim, que o arrefecimento do Direito Penal propiciado pela Lei dos JECs impôs ao Legislativo outra manobra, a de acirrar as sanções penais em relação a alguns crimes para afastar a competência dos JECs e a incidência de todos os seus institutos benéficos ao delinqüente (termo empregado no sentido adotado pelas Regras de Tóquio).

Abolir todas as contravenções penais como proposta minimalista, sob o argumento de que o Direito Penal não as comportaria por força do princípio da subsidiariedade, imporiam conseqüências mais drásticas aos delinqüentes, pois de simples contraventores passariam a criminosos, visto que o Estado, ao mesmo tempo em que revogasse as contravenções, teria de convolar a maioria delas em crimes, pela necessidade de tutela penal dos bens jurídicos em questão.

Ainda a exemplo da necessidade de se tornar mais rigorosa a legislação penal pela leniência legislativa em certos casos, a Lei 11.705/2008, colimando afastar o tratamento arrefecido dispensado pela Lei 9.099/1995 quanto aos crimes de trânsito, alterou a redação do art. 291, para proibir a aplicação dos institutos da composição de danos e da transação “penal” no crime de lesão corporal culposa (art. 313 do CTB) quando perpetrado sob a influência de embriaguez; em participação, não autorizada, de disputas, acrobacias e exhibições ou em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h, exigindo-se, nesses casos, ainda, inquérito policial, em vez de TCO, e ação penal pública incondicionada. Isso comprova que o abrandamento da legislação hoje, a exemplo da proposta de abolição das contravenções penais, pode significar o retorno das mesmas infrações penais amanhã, mas tipificadas como crimes, com penas bem mais rigorosas, saindo pela culatra o pretense “tiro garantista”.

Ora, se a intenção é minimizar as conseqüências e a própria incidência do Direito Penal, buscando deixá-lo mais humano, a *abolitio* das contravenções implicaria efeito inverso, impondo, pela mesma razão, a exasperação cominatória das sanções penais pertinentes aos crimes de menor potencial ofensivo, hoje, com pena máxima de dois anos, produzindo, dessarte, efeitos mais severos em sentido diametralmente oposto à pretensão minimalista.

Não há coerência em se revogar as contravenções penais nem, *a fortiori*, a maioria dos crimes com pena máxima de até dois anos, sendo pertinente memorar que a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), por vezes, vem sendo empregada em favor do delinqüente para se fugir ao extremo rigor do art. 214 do CP (crime de atentado violento ao pudor com pena máxima de 15 anos por ser hediondo), em casos limítrofes entre este tipo e a contravenção, como a conduta de

⁴⁷³ Assim também ocorreu com algumas contravenções, *v.g.*, maus-tratos contra animais e poluição sonora, anteriormente tipificados como contravenções penais (arts. 64 e 42, inciso III, ambos da LCP), passando a configurar crimes ambientais tipificados, respectivamente, nos arts. 32 e 54 da Lei 9.605/1998.

⁴⁷⁴ Somando-se ao novo repertório legal, a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que retirou da competência dos juizados os crimes de violência contra a mulher, quando perpetrados na ambiência doméstica e familiar, mesmo os de menor potencial ofensivo (artigo 41).

bolinação por cima da roupa em ambientes festivos (baile de carnaval), a par de muitos crimes com penas de até dois anos, que acabariam com suas sanções aumentadas pelo legislador, em vez de revogados, v.g., os delitos de lesão corporal leve, de constrangimento ilegal, de resistência.

Os defensores da *abolitio* da maioria das infrações de menor potencial ofensivo preferem, incongruentemente, mesmo diante da realidade social de extrema violência e alarmante impunidade que se vive no País, tratar como indiferentes penais os seguintes fatos, além dos acima ventilados e de tantos outros:

a) Contravenção de porte ilegal de arma (que não a de fogo), permitindo que qualquer um ande, livremente, pelos prédios públicos, parques, praias, bares, festas, etc., com: facão, soqueira, porrete e quejandos, todos eles, instrumentos potencialmente letais, consabidamente empregados na prática de crimes;

b) Anúncio de meio abortivo (art. 20 da LCP);

c) A guarda desleixada de animais perigosos diante de tantas fatalidades ventiladas pela imprensa, envolvendo ataques de cães ferozes, provocados pelo uso de coleiras inadequadas, pela falta delas ou porque os animais foram conduzidos por incapazes (art. 31 da LCP) e pessoas incautas;

d) Vias de fato (tapas, empurrões, soco no abdômen produzindo muita dor na vítima, etc., sem lesão corporal – art. 21 da LCP);

e) Internação irregular em estabelecimento psiquiátrico (receber, sem formalidade, pessoa internada como doente mental – art. 22 da LCP);

f) Indevida custódia de doente mental (sem autorização – art. 23 da LCP);

g) Desabamento de construção e o seu perigo (arts. 29 e 30 da LCP);

h) Direção não licenciada de aeronave (art. 34 da LCP), quando é crime dirigir automóvel sem habilitação expondo terceiros a perigo (art. 309 da Lei 9.503/1997, que, provavelmente, segundo a orientação da *abolitio criminis* também poderia ser revogado, considerando que sua pena máxima é de 1 ano).

A proposta de convalidação das contravenções penais em meras infrações administrativas vem impregnada também de grande incoerência, destoando da realidade social (por isso se diz que Direito é também fato). Nos exemplos *ut supra* quanto à *abolitio* das contravenções penais, sobretudo em se tratando de crimes, a falta de receio do processo penal e de suas conseqüências, entre elas, a certeza de inexistência de sanção penal e da possibilidade de perda da primariedade, tornam

as sanções administrativas insuficientes, até inócuas, para a contenção eficaz dessas infrações, por, pelo menos, duas razões:

a) Primeiro, porque o aparato policial existente deixaria de atuar no combate a essas infrações, por terem perdido sua natureza penal, impondo a necessidade de criação de outro órgão para fazê-lo;

b) Segundo, porque a maioria dos infratores, máxime os contumazes, não teme a imposição de multas administrativas, até porque a maioria não as pode pagar, e os poucos que possuem capacidade econômica dificilmente seriam autuados, pois o Estado não teria como os autuar, muito menos como executar a multa correspondente, sem um procedimento prévio mínimo tal qual o TCO. Não se teria sequer como conseguir a qualificação dos infratores, nem se poderia conduzi-los a uma delegacia para essa apuração, visto que esse procedimento é pertinente apenas aos casos tipificados como infrações penais.

Por fim, convém frisar que mesmo alguns defensores do argumento de que a transação “penal” seria uma ferramenta de ampliação do poder punitivo estatal, a exemplo de Prado, por fim, acabaram cedendo ao argumento de sua natureza benéfica ao delinqüente, ao propugnar a extensão desse instituto próprio apenas dos JECs aos crimes de médio potencial ofensivo que tramitam no juízo comum, sempre que “as qualidades pessoais do agente estejam a demonstrar que a aplicação da sanção penal correrá o risco de afrontar o critério constitucional de proporcionalidade, tendo em vista o efeito nocivo das medidas reativas”.⁴⁷⁵

Em suma, a transação “penal” não antecipa nem amplia o poder punitivo estatal porque, simplesmente, não impõe pena de nenhuma espécie, embora possibilite a intervenção estatal minimamente necessária, quando constatada a ocorrência de qualquer infração penal da competência dos JECs, afiançando, desde que a medida civil seja razoável, o progresso social por meio de uma resposta do Estado, que além de justa ao suposto autor do fato, defere pronto atendimento e, no mínimo, uma satisfação à vítima em evitação da vingança privada e do descaso pelo abandono do conflito penal à própria sorte dos ofendidos, tendo, assim, um caráter social utilitário (garantista), ao ser a medida civil homologada quase imediatamente em relação à infração cometida, coibindo,

⁴⁷⁵ PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 95.

dessarte, o incremento da criminalidade, consolidando a segurança jurídica, mediante a tonificação da certeza da presença do Estado no combate às infrações penais de qualquer porte, como amiúde vem requestando a comunidade em geral, o que impõe concluir que a transação “penal” atende, quando justa, à tridimensionalidade teleológica do Direito Penal.

3.9 Transação “penal” imposta como chantagem estatal

Desde de logo, antes mesmo de enveredar na crítica propriamente dita, cumpre advertir que o direito penal é de aspiração também ética. Zaffaroni e Pierangeli⁴⁷⁶ pontificam que o “ético” se refere ao comportamento social, ou seja, às normas de conduta postas pela sociedade (comportamento exterior); já a “moral”, é determinada pela consciência individual (conduta interior). Logo, o fim de prover a segurança jurídica e o progresso social de forma materialmente justa tutelando bens jurídicos é o fiel da balança que impõe um limite racional à aspiração ética do Direito Penal.

É claro que a transformação interior do homem, para melhor, deve ser também alcançada pelo Direito Penal, dado o caráter pedagógico da Ciência do Direito, ao ordenar a vida do homem em todas as suas searas, acaba por ensiná-lo a como se comportar em sociedade.

Logo, deve-se facilitar a intervenção estatal em muitas questões sociais, entre elas, a pacificação de conflitos penais por meio da mediação e da transação “penal”. Segundo, ainda, preleção de Zaffaroni e Pierangeli, a intervenção estatal colima produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança, pelo que se pode concluir que a transação “penal” mediada pelo Estado vem para promover a segurança jurídica com justiça material, facilitando como consequência o progresso social.

Adentrando na crítica, traz-se à baila a acusação de Karam contra o Ministério Público, por “chantagear” o suposto autor do fato para que ele aceite a

⁴⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1999.

imposição de “pena” antecipada, sob “a ameaça” ou “coação legalizada” de um mal maior “para quem se nega a negociar”.⁴⁷⁷

Todavia, na realidade, observa-se que o mal maior, do qual o suposto autor do fato procura quase sempre fugir, é a sua submissão a um constrangedor e estigmático processo penal, correndo o risco de vir a ser condenado e de até sofrer a iniquidade de eventual erro judiciário em seu desfavor, ou seja, a sujeição a uma forte possibilidade de ser condenado, mesmo sendo inocente.

Cumprido esclarecer que o verbo “ameaçar” é indicativo de mal injusto e grave, além de ser tipificado como crime. Por isso, trata-se de um termo, tecnicamente, inapropriado ao múnus do Ministério Público, incumbido, constitucionalmente, de proceder à proposta de transação “penal”, sem se descuidar da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, *caput*, e 129, inc. I, da CF/1988).

O promotor não ameaça, mas esclarece o suposto autor do fato – isso se o juiz já não houver feito – sobre o direito que ele tem à transação “penal”, bem como acerca da prossecução do procedimento caso a proposta ministerial de medida civil não seja por ele acatada, sem dar a conotação de imposição dessa proposta, muito menos de “ameaça”, mas de conveniência, deixando o suposto autor do fato à vontade para deliberar a respeito das cláusulas transacionais (*punctação*), podendo, até proceder em audiência a uma contraposta a ser mediada pelo juiz.⁴⁷⁸

As explicações procedidas pelo juiz e pelo promotor acerca da medida antecipada devem abranger não apenas a natureza de direito dele quanto à transação, mas as conseqüências iníquas, sem imposição e prejulgamento, do processo penal como etapa seguinte, tais como o registro do ajuizamento da ação penal para fins de expedição de certidão pública; o constrangimento, embora legal, de o réu ficar respondendo a um processo penal por período de dois a até quatro anos, conforme o prazo prescricional correlato à infração imputada; as despesas processuais e com advogado, caso o suposto autor do fato não deseje ter sua defesa patrocinada pela Defensoria Pública; o desconforto de colacionar provas para carregá-las aos autos e de vir a, pelo menos, uma audiência a mais, que seria a de instrução e julgamento, muitas vezes seccionada em duas ou três devido ao acúmulo da pauta e adiantado da hora; por

⁴⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais – A concentração antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004. p. 39.

⁴⁷⁸ O juiz pode reduzir a proposta de “multa alternativa” em até a metade (art. 76, § 1.º, da Lei 9.099/1995).

fim, o risco da condenação, conquanto se deva frisar que ela nunca é previamente certa, sob pena de prejuízo e, neste caso, sim, de chantagem para obtenção da anuência e submissão do autor do fato.

Essas informações, embora sejam interpretadas como “chantagem”, conforme a orientação singular de cada intérprete⁴⁷⁹, são necessárias à formação da convicção do suposto autor do fato quanto à realidade em que se encontra, de fato, permitindo-lhe melhor aferir o que será mais conveniente para ele, ficando a decisão a seu talante, em perfeita consonância com as “Regras de Tóquio”.⁴⁸⁰

Crê-se, que se o autor do fato (embora não seja já considerado culpado) vier, após a mediação, a se sentir “culpado”, segundo a voz única de sua consciência (que é a “ciência com” você), agarrará a proposta ministerial como um presente, que de fato é. Essa, ao menos, é a impressão deixada por muitos autores do fato e por seus advogados, após o encerramento do caso penal pela conciliação.

Deve ser esclarecido ao suposto autor do fato que a aquiescência à proposta de transação “penal” não gera o efeito jurídico de assunção de culpa nem conseqüências no cível para fins de prova emprestada ou de indícios de culpabilidade, quer por força do art. 76, § 6.º, da Lei 9.099/1995⁴⁸¹, quer pela cogência do princípio constitucional da não-culpabilidade, consoante fulcro no art. 5.º, inc. LVII, da CF/1988.

É importante também informar, no ato da proposta de transação “penal”, ao suposto autor do fato, que se ele tencionar se defender e provar sua inocência (não questionada na fase preliminar, pois não se entra no mérito de sua

⁴⁷⁹ Quanto às peculiaridades do intérprete, Geraldo Prado leciona que cada qual é singular em sua maneira de empregar as palavras e de interpretar aquilo que lê: “não há inocência nas palavras verbais [...] no campo do discurso jurídico não há neutralidade, nem mesmo quando, aparentemente, existe uma certa convergência de opiniões”. Cf. *in Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

⁴⁸⁰ As Regras de Tóquio, quanto às medidas que podem ser tomadas antes do processo, constantes do item 5.1, rezam que: “Quando isso for adequado e compatível com o seu sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça penal podem retirar os procedimentos contra o delinqüente se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial para fins da protecção da sociedade, da prevenção do crime ou da promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Serão fixados critérios em cada sistema jurídico para determinar se convém retirar os procedimentos ou para decidir sobre o processo a seguir. Em caso de infracção menor, o Ministério Público pode impor [leia-se “propor”], sendo caso disso, medidas não privativas de liberdade” (grifou-se). Quanto às medidas não privativas de liberdade, ao tratar das “garantias jurídicas”, o item 3.4 recomenda que: “As medidas não privativas de liberdade que impliquem uma obrigação para o delinqüente e que sejam aplicadas antes do processo, ou em lugar deste, requerem o **consentimento** do delinqüente” (grifou-se).

⁴⁸¹ Artigo 76, § 6.º 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 acção cabível no juízo cível.

responsabilidade penal), poderá fazê-lo, também no exercício de um direito constitucional seu, submetendo-se ao devido processo legal, no qual lhe serão assegurados o contraditório e a ampla defesa.

O argumento de que a maioria dos supostos autores do fato se sente pressionada pelo Ministério Público a se submeter à proposta de transação “penal”, além de não científico, não encontra guarida nem na Constituição Federal nem na prática, pois quase todos a aceitam prontamente, a maior parte sem questionar, tirante, algumas vezes, questionamentos quanto ao peso ou grau das cláusulas transacionadas, mas quase nunca quanto ao benefício da transação em si, ainda mais após o esclarecimento de que o acolhimento voluntário da proposta transacional não materializa antecedentes criminais nem pode ser interpretado como assunção de culpa fato, conforme expressa disposição legal (art. 76, § 6.º, da Lei 9.099/1995).

Se a transação “penal” é uma “chantagem legalizada” ou “ameaça” ministerial, por que, então, os supostos autores do fato impetram tantos *habeas corpi*⁴⁸² para trancamento de ações penais que lhe atropelaram o direito subjetivo à transação “penal”?!

Karam chega a afirmar que o instituto da transação “penal” equivale a uma proposta de “pena” “vendida” pelo Ministério Público sob a falsa propaganda de ser “mais vantajosa ou mais indulgente”.⁴⁸³

Seria, então, mais prudente que a proposta de transação “penal” fosse procedida desacompanhada de qualquer explicação acerca das conseqüências de sua aceitação ou não pelo suposto autor do fato, que, normalmente, desconhece o Direito? Seria, então, mais prudente e razoável, que em nome da intervenção mínima e da humanização do Direito Penal referido instituto fosse abolido, processando-se, incondicionalmente, o suposto autor do fato, presentes os requisitos para a ação penal? Obviamente que não!

Sobreditas críticas não se afiguram razoáveis e compatíveis com o garantismo nem atendem à finalidade tridimensional do Direito que prima pela garantia da segurança jurídica com a promoção de justiça material individual e do progresso social.

⁴⁸² STF-HC 86.646/SP, D.J. 9/6/2006, p. 0018. 6.ª Turma do STJ-RHC 14366/SP, D.J. 5/4/2004.

⁴⁸³ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais – A concentração antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004. p. 40.

Cumprido, portanto, repisar o caráter de direito público subjetivo da transação “penal”, instituído constitucionalmente, no escopo de humanização do Direito Penal como medida despenadora e alternativa ao constrangedor processo, que, provavelmente, seria instaurado não fosse a criação dos JECs e a previsão de seus institutos conciliatórios, consoante determinava a legislação anterior.

3.10 Proposta de transação sem elementos suficientes para a ação penal

Tem-se observado, nos JECs de Belém, de Ananindeua e em outros JECs do interior, ser muito comum a proposta de transação “penal” pelo promotor de justiça, quando o caso requer devolução do TCO à Autoridade Policial para novas diligências ou, mesmo, quando aponta para o arquivamento por faltarem indícios suficientes de autoria, muita vez, por não haver a prova da materialidade delitiva nem mesmo a informal (*v.g.*, boletim médico).

Essa prática é detectada, de forma geral, em todo o País, consoante delação de Chies⁴⁸⁴ e outros^{485, 486}, embora, nessa situação, a transação “penal” seja defesa ao representante ministerial que a propõe e ao juiz que a abona, assim procedendo sob a alegação de economia de tempo e de trabalho.

Não é possível a propositura da transação “penal” pelo *Parquet* sem que o respectivo representante ministerial esteja convicto de que há elementos mínimos para o oferecimento da denúncia, sendo importante considerar que a ação penal não é fator determinante da condenação, mas mera probabilidade, ainda mais por incidir, nessa fase, o princípio do *in dubio pro societate*. Portanto, mesmo diante da incidência desse princípio, se o representante ministerial não encontra elementos sequer indiciários, está proibido de propor a transação “penal”, o que, entretanto,

⁴⁸⁴ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “É possível se ter abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialógica: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 207.

⁴⁸⁵ WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 43.

⁴⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. “Lei dos juizados especiais federais (10.259/2001): aspectos criminais”. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.) *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. RJ: Lumen Júris, 2002. p. 234.

na prática, muita vez, não é observado, privilegiando-se, em detrimento de direitos fundamentais do suposto autor do fato, a transação “penal”.

Já não bastasse essa prática vitanda pela desvirtuação do vetor constitucionalista que deveria ser prodigalizado aos JECs, um intérprete desavisado ou mal intencionado, ainda poderá encontrar apoio legal nessa errônea orientação cotejando os artigos 76 e 77 da Lei 9.099/1995.

O art. 76 da Lei 9.099/1995 reza que na audiência preliminar, 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. Uma interpretação, *a contrario sensu*, torna injuntiva a conclusão de que o *Parquet* somente poderá propor a transação “penal” se as peças informativas não forem arquivadas, ou seja, se houver elementos suficientes para a propositura da ação.

Todavia, o art. 77, aparentemente, prescreve outra orientação, pois afirma que quando não houver transação “penal”, pela ausência do suposto autor do fato, pela não anuência deste ou pelo não preenchimento dos requisitos legais objetivos e subjetivos para a obtenção desse direito, “o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”.

Quando a parte final do *caput* do art. 77 permite ao *Parquet* a requisição de diligências imprescindíveis à denúncia, por não haver elementos suficientes para a respectiva propositura, depois de a proposta de transação “penal” ter sido ofertada e recusada pelo suposto autor do fato, equivale a dizer que o Ministério Público estaria autorizado, não sendo o caso de arquivamento imediato da peça informativa (art. 76), a proceder à proposta de transação “penal” mesmo sem prova quanto à materialidade delitiva, uma vez que após a respectiva proposta ter sido recusada ou impossibilitada, o promotor de justiça poderá, alternativamente, oferecer oralmente a denúncia ou requerer a produção de diligências imprescindíveis à sua propositura.

Todavia, a acessão da proposta de transação (que se aceita pelo suposto autor do fato, atuará como impediente legal à obtenção de igual direito⁴⁸⁷ ao longo de um lustro) não pode ter o mesmo tratamento que se defere à composição de

⁴⁸⁷ Referido direito à transação “penal” é tratado na Lei n.º 9.099/1990, artigo 76, § 4.º, como um benefício, quando, na verdade, a transação “penal” é um direito público subjetivo do suposto autor do fato, sendo o benefício da extinção da punibilidade uma consequência de seu gozo.

danos, cujo instituto só gera benefícios sem propiciar, ao suposto autor do fato, consequências processuais impeditivas na esfera penal.

Enquanto não demonstrada, previamente, a culpabilidade do suposto autor do fato com indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a proposta de transação “penal” estará defesa ao Ministério Público, que está obrigado a determinar ou requerer as diligências imprescindíveis à produção das provas necessárias à promoção da ação penal. Caso consiga colacioná-las, então, e somente assim, poderá propor a transação “penal”.

A crítica quanto à prática do *in dubio pro* transação adotada nos JECs de Belém e por muitos outros ao longo do País também é consistente, mas não pode ser imputada contra o instituto jurídico da transação “penal” tal qual idealizado constitucionalmente, e sim em face da prática vitanda *contra legem* adotada em muitos JECs pelos promotores de justiça que procedem às propostas de transação e pelos juízes que as abonam, mesmo cômicos da inviabilidade da ação penal, caso a proposta de transação “penal” seja recusada.

3.11 Conversão da medida civil alternativa inadimplida em prisão

O ar. 85 da Lei 9.099/1995 está assim vazado: “Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”.

Contudo, a Lei 9.298/1996, dando nova redação ao art. 51 do CP, considerou a multa a ser executada (sanção penal) como dívida de valor, proibindo sua conversão em prisão ao revogar o § 1.º do art. 51 do CP, esvaziando o art. 85 em lume, pois embora ele não tenha sido expressamente revogado, como o dispositivo legal que tratava da conversão foi revogado, o art. 85 da Lei dos JECCs ficou sem regulamentação, além do que, a medida civil alternativa de multa proposta em transação, como não é pena, não admite a sua conversão em prisão.

Logo após o advento da Lei 9.298/1996, e mesmo sem que a Lei 9.099/1995 dispusesse a respeito, parte da doutrina fez coro no sentido de ser constitucional a conversão em prisão da medida alternativa antecipada proposta na transação

“penal” quando inadimplida pelo suposto autor do fato, desde que não fosse multa, mas alguma medida restritiva de direito.

Nessa esteira, as lições de Mirabete:

Mesmo no silêncio da Lei 9.099/1995, a pena restritiva de direitos aplicada no Juizado Especial, quer por condenação, quer por transação penal, pode ser convertida em pena privativa de liberdade. Aplicam-se os arts. 45 do Código Penal e 181 da Lei de Execução Penal, que prevêem as hipóteses de conversão das penas de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e de interdição temporária de direitos em pena detentiva.⁴⁸⁸

Damásio, comentando o art. 76 da Lei dos JECCs, propõe que: “Se o réu não cumpre a pena restritiva de direitos. Converte-se em pena privativa de liberdade, pelo tempo da pena originariamente aplicada, nos termos do art. 181, § 1.º, alínea c, da LEP”.⁴⁸⁹ Nesse diapasão, Demercian e Maluly⁴⁹⁰ apóiam a orientação de conversão em prisão da medida civil decorrente da transação caso descumprida.

Tourinho Filho não lobriga inconstitucionalidade na conversão, contudo, não a admite por falta de previsão legal, reclamando, quanto a essa questão, do fato de a Lei 10.259/2001 não ter regulamentado o assunto:

E se houver inadimplemento, poderá haver a conversão, nos termos do artigo 181 da LEP. [...] É verdade que o art. 86 diz que será cumprida nos termos da lei. Qual lei? Tudo indica tratar-se da LEP (visto não haver outra), cujo art. 181 cuida da conversão em se tratando de pena restritiva. Mas de que parâmetros deverá valer-se o juiz para proceder à conversão? O § 1.º do art. 181 da LEP diz quando deve ser feita a conversão mas não explica como proceder. [...] Não se pode dizer, por exemplo, que cada mês de prestação de serviço não prestado à comunidade corresponda a dez ou vinte dias de privativa de liberdade. Assim, não havendo balizamento, torna-se impossível a conversão. Esperava-se que a Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais corrigisse as distorções da Lei 9.099/1995 e, ao mesmo tempo, preenchesse algumas lacunas, como a que vimos de nos referir.⁴⁹¹

Inicialmente, Bitencourt era paladino da conversão da transação “penal” inadimplida em prisão; depois, reconsiderando seu parecer a respeito, admitiu a inconstitucionalidade dessa orientação, conforme espelham os seguintes excertos:

O êxito da utilização da transação penal dependerá em grande parte da *autodisciplina* e do *senso de responsabilidade* do autor do fato da infração.

⁴⁸⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais – comentários, jurisprudência e legislação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 141.

⁴⁸⁹ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 85.

⁴⁹⁰ DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 98.

⁴⁹¹ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentário à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 155.

No entanto, as sanções alternativas aplicadas precisam de *força coercitiva*. E para isso nada melhor do que a previsão da possibilidade de convertê-las em pena privativa de liberdade, representando a espada de Dâmoçles pairando sobre a cabeça do beneficiado. A finalidade da conversão, em outras palavras, é garantir o êxito das penas alternativas – *preventivamente* com a ameaça da pena privativa de liberdade e, *repressivamente*, com a efetiva conversão no caso concreto⁴⁹².

A transação penal e a simplificação procedimental (arts. 72 a 76) são admitidas pela Constituição para aplicação exclusiva de *pena não privativa de liberdade* (art. 98, I, da CF). Autorizar – independentemente do fundamento invocado – a *conversão em prisão de pena alternativa transacionada* constitui uma violência abominável que a Constituição Federal não autoriza; a conversão em prisão de pena transacionada viola os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.⁴⁹³

A orientação doutrinária pela conversão em prisão chegou a ganhar tanta força que mereceu chancela do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹⁴:

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. 2 - Ordem denegada.⁴⁹⁵

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. TRANSAÇÃO. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE.

1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente – desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa.

2. Recurso de Habeas Corpus improvido.⁴⁹⁶

⁴⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 105.

⁴⁹³ *Idem*. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

⁴⁹⁴ O STJ só não admite a conversão da medida alternativa (“pena” consensual em transação penal) em se tratando de multa, dada a revogação do dispositivo legal que autorizava essa conversão (antigo § 1.º, do artigo 51 do CP) pela Lei 9.268/1996. Cf. *in* STJ – Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalho, HC n.º 60.941, DJ: 09/04/2007, p. 276; STJ - Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 226.570, DJ: 22/11/2004. p. 393.

⁴⁹⁵ STJ – Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, HC n.º 14.666, DJ: 02/04/2001, p. 241.

⁴⁹⁶ STJ - Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, RHC 8.198-98, Recurso Ordinário em *habeas corpus*, DJ: 01/7/1999. p. 211.

Acertadamente, o STF vem decidindo pela impossibilidade dessa conversão, considerando-a ofensiva aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HC. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76. I. A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. - H.C. deferido.⁴⁹⁷

EMENTA: Habeas corpus - Constrangimento ilegal - Ato de Juiz de Direito no âmbito de Juizado Especial Criminal - Incompetência do Supremo Tribunal Federal - Não conhecimento. Transação penal descumprida - Conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade - Ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - Precedentes: RE nº 268.320 e HC nº 79.572. A jurisprudência do STF, favorável ao paciente, a celeridade deste remédio heróico e a ausência de precedente desta Corte quanto à questão da competência, recomendam a concessão da ordem. Habeas corpus concedido de ofício.⁴⁹⁸

HABEAS CORPUS. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO: DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. REVOGAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGAL.

1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes).

2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada.⁴⁹⁹

HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência.⁵⁰⁰

Conquanto ainda haja divergência, a jurisprudência do STF vem se consolidando em todo o País. Na Comarca de Belém, esse entendimento, há muito, já é pacífico.

⁴⁹⁷ STF - Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, HC 84775/RO, DJ: 05/8/2005. p. 118.

⁴⁹⁸ STF - Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, HC 80802/MS, DJ: 18/5/2001. p. 434.

⁴⁹⁹ STF - Segunda Turma, Rel. Eros Grau, HC n.º 88.785, DJ: 04/08/2006.

⁵⁰⁰ STF - Primeira Turma, Rel. Carlos Brito, HC n.º 84.976, DJ: 23/03/2007.

Entrementes, há outro problema quanto à transação: saber o que fazer quando a medida civil aceita pelo suposto autor do fato como proposta de transação “penal” não é por ele cumprida, uma vez que a conversão é incabível em face de sua inconstitucionalidade.

O STJ adota o entendimento de que a transação “penal” homologada tem natureza condenatória, produzindo efeito de coisa julgada formal e material. Por essa razão, uma vez homologada, o *Parquet* fica impedido de oferecer denúncia em caso de inadimplemento da medida civil, devendo executá-la nos termos da lei:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. CIENTE PELO REPRESENTANTE DO PARQUET. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. PENA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

[...] A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Recurso conhecido, mas desprovido.⁵⁰¹

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA. INADIMPLEMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. DESCABIMENTO.

1. É segura a jurisprudência dos Tribunais Superiores na afirmação do incabimento de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95).

2. Ressalva de entendimento contrário do Relator.

3. Recurso especial não conhecido.⁵⁰²

PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. 1 - Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei n.º 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. 2 - Ordem denegada.⁵⁰³

O STF vem decidindo, à unanimidade, que as transações penais descumpridas tornam-se insubsistentes, devendo o procedimento retornar ao seu *status quo ante*, a fim de que o Ministério Público possa oferecer a ação penal.

HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA IDOSO. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-COMETIMENTO DE CRIME DE

⁵⁰¹ STJ - Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, REsp 514896/SP, DJ: 28/10/2003. p. 345.

⁵⁰² STJ - Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 226.570, DJ: 22/11/2004. p. 393.

⁵⁰³ STJ – Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, HC 14666 / SP, DJ 02.04.2001 p. 341.

DESOBEDIÊNCIA. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. Não há que se cogitar, portanto, da propositura de nova ação criminal, desta feita por ofensa ao art. 330 do CP. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de desobediência.⁵⁰⁴

HABEAS CORPUS. TRANSAÇÃO PENAL. EXIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO DE QUE A HOMOLOGAÇÃO OCORRA SOMENTE APÓS O CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PACTUADA: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DIREITO À HOMOLOGAÇÃO ANTES DO ADIMPLENTO DAS CONDIÇÕES ACERTADAS. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida.⁵⁰⁵

O STJ acerta quando afirma que a transação “penal”, uma vez homologada judicialmente, impede a prossecução do procedimento judicial em caso de inadimplemento pelo suposto autor do fato, salvo se assim estiver expressamente pactuado,⁵⁰⁶ pois um dos efeitos da homologação transitada em julgado é o da extinção da punibilidade, pelo que, tecnicamente, dever-se-ia respeitar a coisa julgada formal e material conseqüente.

Todavia, o STJ incide em erronia técnica ao qualificar a homologação da proposta de transação “penal” como “decisão condenatória”, quando se trata de assunção de uma obrigação civil, por isso, propõe-se que ela seja denominada, *de lege ferenda*, de “transação civil” e, desde já, portanto, *de lege lata*, assim admitida e tratada. É força, entretanto, aduzir que se o efeito da transação “penal” é a extinção da punibilidade, não há congruência em se qualificar a medida civil de transação “penal” nem a homologação desta em “condenação imprópria”.

⁵⁰⁴ STF – Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, HC 84976/SP, DJ: 23/3/2007. p. 105.

⁵⁰⁵ STF – Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, HC 88616/RJ, DJ: 27/10/2006. p. 505.

⁵⁰⁶ A ressalva é feita no caso desse efeito constar expressamente como cláusula da transação, ficando avençado que o inadimplemento da medida alternativa aceita pelo suposto autor do fato desconstituirá o título executivo judicial, autorizando o Ministério Público a oferecer a ação penal, visto que ele possui capacidade processual para firmar o concerto que desejar, desde que as cláusulas respectivas não sejam ilegais, o que não é o caso, nem que esse efeito em particular, quanto ao resgate do *status quo ante*, seja condicionado à homologação, justamente por tal condição não se encontrar imposta em lei.

Decidir pela execução judicial da medida antecipada proposta a título de transação “penal” também não seria uma medida que atenderia às funções de segurança jurídica e de utilidade do Direito pelas seguintes razões:

a) Se a medida antecipada for de multa ou de prestação pecuniária, normalmente, o Estado não a executa por serem muito baixos os respectivos montantes, quase sempre entre um e dois salários mínimos; dessa forma o processo de execução acaba sendo mais dispendioso ao Estado que o seu objeto, além do que a Procuradoria do Estado não teria estrutura para promover tantas execuções judiciais;

b) Se a medida antecipada for de prestação de serviços à comunidade, a execução não pode ser imposta ao suposto autor do fato, devendo ser executada por outrem à custa do suposto autor do fato (devedor). A questão é saber quem se envolveria em uma confusão dessas para somente receber por seu trabalho mediante uma ação judicial regressiva, isso se viesse a receber? Ninguém! Portanto, referida medida é inexecutável;

c) Observa-se que se o valor é pequeno, e, quase sempre é, a dívida não é executada pelo Estado mesmo que o suposto autor do fato seja solvente, tendo bens suficientes para quitá-la, em razão das despesas que um processo judicial acarreta; se o valor é elevado, acaba-se não se efetivando a execução porque, em quase cem por cento dos casos, os autores do fato que não honram as respectivas transações penais são pobres, portanto, quase sempre insolventes.

Portanto, a execução da medida antecipada tornaria inócuo o instituto da transação “penal”, espraiando o sentimento de impunidade no seio social e, conseqüentemente, insegurança jurídica e descrédito no Judiciário e sua conversão em prisão seria inconstitucional, pois a medida civil alternativa não é sanção penal, conquanto assim tenha entendido parte da doutrina e o próprio STJ.

O STF, sem base legal e inconstitucionalmente, decidiu pela inobservância da coisa julgada e dos efeitos legais da transação, entre eles, o da extinção da punibilidade do suposto autor do fato, considerando insubsistente um termo de transação firmado pelo suposto autor do fato e pelo representante do Ministério Público e devidamente homologado por um juiz togado, ao determinar o regresso do procedimento judicial ao estágio anterior à transação, para autorizar a desconstituição do título judicial correlato e o oferecimento da ação penal. Essa

decisão pisoteia o direito fundamental à coisa julgada⁵⁰⁷ (art. 5.º, inc. XXXVI, da CF/1988) sem expressa autorização constitucional para excepcionar referido direito.

Não se admite possível, por se entender haver ofensa à coisa julgada material,⁵⁰⁸ a desconstituição do título executivo judicial em caso de inadimplemento do suposto autor do fato quanto à medida civil alternativa acordada na transação “penal” e por ele inadimplida, permitindo-se, com essa desconstituição, a propositura da ação penal, sem a existência de previsão legal e de cláusula expressa avençada a respeito. Todavia, além da equivocada orientação jurisprudencial assentada pelo STF, sobredita solução encontra guarida em parte da doutrina, a exemplo da preleção de Pontes de Miranda, que não via coisa julgada material na decisão homologatória inadimplida e, sim, perda de sua eficácia pelo descumprimento do acordo, segundo transunto *ut fit*.

Se os efeitos da declaração de vontade dependem do adimplemento da contraprestação, ou a declaração de vontade, prestada pelo Estado, não compõe o negócio jurídico, por ser necessário que outra declaração de vontade ou algum ato de credor seria emitido, ou a declaração de vontade só tem os efeitos obrigacionais ou reais após contraprestação. Esses pormenores não importam no que concerne à rescindibilidade da sentença que presta a declaração. Se, depois, de ser contraprestada a declaração que se fazia mister e o prazo para ser contraprestada precluiu, tudo se passa como a respeito da oferta a que se não seguiu aceitação: o negócio jurídico bilateral não se concluiu.⁵⁰⁹

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda, o STF estaria correto ao decidir pela perda da eficácia da transação “penal” (leia-se transação civil) descumprida total ou parcialmente, desconstituindo o título executivo judicial devidamente

⁵⁰⁷ Nery e Nery, comentando o art. 1.º da CF/1988, entram na questão da coisa julgada como fundamento do Estado Democrático de Direito: “Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a coisa julgada material. A intangibilidade da coisa julgada material, conforme reconhece a doutrina, é elemento de existência do Estado Democrático de Direito [...] A supremacia da Constituição é a própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1.º *caput*), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Daí porque não se pode prestigiar a tese da denominada ‘relativização da coisa julgada’ [...]” Cf. NERY JÚNIOR, Nélon. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. atual. São Paulo: RT, 2006. p. 117.

⁵⁰⁸ Cumpre mencionar que o fato de inexistir processo não impede a produção de coisa julgada em razão de uma decisão judicial. A propósito, no processo civil, há algumas situações em que se procede judicialmente sem processo contencioso, obtendo-se decisões que fazem coisa julgada, *v.g.*, a sentença de adoção procedida em procedimento gracioso, sem litígio, sem parte *ex adversa*, mas tão-somente com a manifestação do Ministério Público como fiscal da lei; já, no processo penal, a decisão judicial em fase policial, de declaração de extinção da punibilidade, reconhecimento de inimizabilidade, etc.

⁵⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 360.

homologado, já que somente o adimplemento integral da obrigação civil, nele assumida, teria força de extinguir a punibilidade do suposto autor do fato.

O cumprimento parcial da transação “penal”, para quem parte da equivocada premissa de que ela é uma pena antecipada, ao ter seu título desconstituído, seria ofensa ao princípio penal do *non bis in idem*. Todavia, neste trabalho não se advoga a natureza penal da transação, reconhecendo-a como transação civil, pelo que não há que se falar em *bis in idem*. Não se negando a possibilidade de, nessa hipótese, o cumprimento parcial da transação ser admitido como atenuante inominada (art. 66 do CP).

O cumprimento parcial da transação, uma vez viabilizada a ação penal nos termos da orientação do STF, poderá ser admitido como atenuante inominada, segundo supedâneo no art. 66 do Código Penal.

Em verdade, esse problema foi criado pela própria Lei 9.099/1995, ao determinar, em seu art. 86, que as “penas” restritivas de direitos seriam executadas nos termos da lei. A lei existente, segundo posição de parte da doutrina, conforme excerto acima, seria a LEP, que, em seu art. 181, permite a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, o que gera outro impasse, pois a medida antecipada, embora tenha seus lindes nas penas restritivas de direitos não é pena no rigor técnico desse termo, logo, não pode ser convertida em prisão, ainda que nessa esteira tenha decidido o STJ.

Alguns JECs, consoante já se teve várias oportunidades de presenciar e nesse sentido laborar, para evitar o trânsito em julgado da homologação e o efeito da extinção da punibilidade imediata, vêm adotando a técnica da homologação diferida, *i.e.*, o juiz só homologa a proposta de transação “penal” após o cumprimento integral da medida antecipada pelo suposto autor do fato, o que vem sendo chancelado pelo STJ como forma de se evitar a extinção da punibilidade em caso de descumprimento dos termos da transação^{510, 511}.

⁵¹⁰ “CRIMINAL. RHC. TRANSAÇÃO PENAL. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA TRANSAÇÃO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA EVENTUAL EXECUÇÃO. DECISÃO SEM CARÁTER HOMOLOGATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. A inexistência de homologação da transação penal, é cabível a instauração de ação penal contra o autor do fato, pois não se pode cogitar de eventual execução, ante a falta de título judicial a ser executado. A decisão que ajusta condição não tem caráter homologatório, eis que evidenciado o intuito, unicamente, de fixar os termos em que a proposta de transação se consolidaria, afastando a possibilidade de eventual execução civil futura. Recurso desprovido. RHC 20627 / DF; Rel. GILSON DIPP; T5 – 5.ª TURMA; 24/04/2007; DJ 18.06.2007 p. 277.”

⁵¹¹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. LEI N.º 9.099/95. ACORDO NÃO HOMOLOGADO. DESCUMPRIMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA.

Entretanto, essa prática foi declarada como constrangimento ilegal pelo STF,⁵¹² tendo-se decidido que a homologação deve ser procedida logo após o aceite da proposta pelo suposto autor do fato e, caso a descumpra, o acordo será desconstituído, reabrindo-se vista ao órgão acusador para a oferta da ação penal.

Contudo, nada impede seja avençado com o suposto autor do fato que o inadimplemento da medida transacionada propiciará o regresso ao *status quo ante*, ficando o Ministério Público autorizado a denunciá-lo, o que seria apenas mais um efeito do próprio acordo de vontades entre suposto autor do fato e *Parquet*, mas isso deverá constar expressamente da proposta transacional e do termo de homologação judicial respectivo e desde que o suposto autor do fato anua com essa cláusula, que, não lhe poderá ser imposta por falta de previsão legal, tratando-se, portanto, de um ato de manifestação de vontade.

O problema advindo com a decisão do STF (embora mais justa que a do STJ por ser menos interventiva e violenta, uma vez que não permite a conversão da medida inadimplida em prisão) é que referida orientação não possui base legal, além de ofender direito fundamental concernente à coisa julgada (art. 5.º, inc. XXXVI da CF/1988).

O ideal seria a expressa previsão, *de lege ferenda*, de que a homologação judicial da transação “penal” aceita pelo suposto autor do fato somente produzisse efeito de coisa julgada material após o respectivo cumprimento no prazo avençado, autorizando-se, expressamente, o *Parquet* a proceder à denúncia em caso de inadimplemento da medida civil alternativa transacionada.

Essa correção, contudo, somente poderá ocorrer *de lege ferenda*, não competindo ao STF e ao STJ, embora tenham procurado garantir, cada qual à sua maneira, maior utilidade – imediata – à transação “penal” *de lege lata*, porque como Órgãos do Judiciário, não devem legislar, muito menos *contra legem*, sobretudo em ofensa à Constituição e a direitos fundamentais.

Ora, se, *de lege lata*, a homologação da transação “penal” gera imediata extinção da punibilidade como coisa julgada material e o art. 86 da Lei 9.099/1995

APLICAÇÃO DO ART. 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 9.099/95. 1. Admite-se o oferecimento de denúncia contra o autor do fato, quando não existir, na hipótese, sentença homologatória da transação penal. 2. Nos termos do art. 66, parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95, os autos devem ser encaminhados para a Justiça Comum, caso não se encontre o acusado para ser citado. 3. Recurso especial conhecido e provido. REsp 755868 / RJ; Rel. LAURITA VAZ; T5 - QUINTA TURMA; 14/11/2006; DJ 11.12.2006 p. 413.

⁵¹² HC 88616, D.J. 27/10/2006.

determina que as “penas” restritivas sejam executadas na forma da lei, entendida não apenas como a lei ordinária (LEP), mas, principalmente, a Constituição Federal, não há outra solução senão executar, quando possível, a medida antecipada, sem a possibilidade de sua conversão em prisão, ainda que essa medida seja inócua até que, *de lege ferenda*, o legislador ordinário remende o texto da legislação concernente.

Enquanto a previsão legal não vier, a solução mais justa e útil do ponto de vista garantista e da segurança jurídica, do progresso social, sendo menos interventiva e violenta que a decisão chancelada pelo STJ, será a de se fazer constar, expressamente, como cláusula da transação “penal” o retorno ao *status quo ante* em caso de seu inadimplemento, consignando-se como cláusula transacional que o efeito extintivo da punibilidade só ocorrerá após o inteiro cumprimento do pacto, fazendo-se, ainda, a necessária ressalva quanto à autorização dada ao *Parquet* para propor a respectiva ação penal, aproximando-se, dessarte, da orientação do STF, mas desde que com prévia anuência do suposto autor do fato.

Todavia, uma ressalva deve ser registrada no que tange à proposta súpера. A cláusula de desconstituição do título pelo inadimplemento da transação não poderá ser imposta ao suposto autor do fato como condição inarredável de homologação da proposta transacional, por não ter previsão legal, conquanto seja lícita a sua formulação e aceitação como ato de expressa vontade do suposto autor do fato, autorizando, no termo homologatório, o regresso ao *status quo ante* para se ver processado em caso de descumprimento da avença.

Sem que sobredita disposição clausular conste expressamente da transação “penal”, a ação penal não pode ser proposta por ser infensa à coisa julgada material quanto à extinção da punibilidade, sendo ofensiva, portanto, à Constituição (art. 5.º, inciso XXXVI), ainda que o STF esteja produzindo jurisprudência em linha diferente, encontrando arrimo doutrinário em Pontes de Miranda.

Por ora, no anelo de se garantir a utilidade das transações penais e a segurança jurídica com o combate à impunidade mediante uma resposta mínima do Estado ao caso penal que se apresenta em sede de JEC, deixa-se a solução na esfera do pacto, da diligência do representante do *Parquet*, bem como da aquiescência do suposto autor do fato, até que *de lege ferenda* a lei preveja o

retorno ao *status quo ante* em caso de descumprimento da transação “penal”, autorizando o órgão acusador a promover a ação penal correlata.

3.12 Transação “penal” como antecedentes criminais

Constata-se haver decisões judiciais considerando a existência de TCOs em trâmite (ou até arquivados) e a transação “penal” como antecedentes criminais para fins de dosimetria da pena, bem como esses procedimentos têm sido admitidos, em alguns casos, para avigorar a fundamentação de prisão preventiva como garantia da ordem pública e como argumento denegatório da liberdade provisória ou do direito a se beneficiar com a suspensão condicional do processo, em contrariedade à CF/1988, precisamente quanto ao princípio da não-culpabilidade (ou de presunção de inocência) e à Lei 9.099/1995.

A título ilustrativo, são trazidos à baila dois julgamentos de *habeas corpi* pelas 5.^a e 6.^a Turmas do STJ:

HC. LATROCÍNIO. TENTATIVA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REGISTROS POLICIAIS E JUDICIAIS. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. NULIDADE EVIDENCIADA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I. Alegação de nulidade da sentença e do acórdão que a confirmou, pela majoração da pena-base acima do mínimo legal, ante os maus antecedentes do réu, contra o qual teriam sido instaurados diversos inquéritos e ações penais. II. Ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base. Precedentes. III. Não configura má antecedência o fato de o paciente ter aceitado proposta de transação penal ofertada pelo órgão de acusação, eis que referido ato processual é registrado “apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos”, nos termos do § 4º do art. 76, da Lei n.º 9.099/95. IV. Não se pode acolher o pleito de fixação da pena-base no mínimo legal, porquanto as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na sua maioria, foram desfavoráveis ao paciente, restando plenamente justificada a sua fixação acima do mínimo legal. V. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau, tão somente no tocante à dosimetria da pena, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília/DF, para proceder à correção da pena, excluindo o que restou fixado a título de maus antecedentes criminais. VI. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.⁵¹³

⁵¹³ STJ. Quinta Turma. HC 49483/DF, publicado no DJ 16/03/2006, p. 256.

HABEAS CORPUS. [...] 1. MAUS ANTECEDENTES. TRANSAÇÃO PENAL. EFEITOS DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 2. PERSONALIDADE DO AGENTE. [...] 4. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não é legítima a exacerbação da pena-base em razão de um único processo anterior, objeto de transação penal promovida nos termos do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, que não deve gerar efeitos análogos à reincidência. 2. A mera referência a uma "personalidade afeita ao crime" e a uma conduta dissociada da do meio em que vive", sem a indicação de dados concretos, não pode ser usada para exasperar a pena-base acima do mínimo legal. 3. A pena-base não pode ser exasperada utilizando-se de elemento normativo do próprio tipo penal. 4. Ordem concedida para anular a sentença quanto à dosimetria da pena, redimensionando-se a pena do paciente para 1 ano de detenção em regime inicial aberto, e determinando-se ao Juízo das Execuções Criminais que aplique a pena restritiva de direitos, bem como as condições de seu cumprimento.⁵¹⁴

Essas decisões foram tomadas à unanimidade pelas duas Turmas supracitadas do STJ, manifestando um entendimento já há muito assente nessa Corte, sendo interessante contrastar que se de um lado espelham o fato de que a transação "penal" não pode ser considerada como antecedentes criminais para nenhum efeito; de outro, por serem decisões recentes, descortinam a realidade de que ainda há juízes e tribunais recalitrando no entendimento de que a transação "penal" homologada pelos JECs gera antecedentes criminais para fins de doseamento da pena com espeque nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Os registros concernentes a TCOs e a transações penais, nos termos das "Regras de Tóquio"⁵¹⁵, não devem constar em folha de antecedentes criminais, salvo para controle interno dos próprios JECs, a fim de que se possa verificar se o suposto autor do fato faz jus à transação "penal", preenchendo o requisito temporal de, no mínimo, cinco anos entre a data da homologação da transação "penal" anterior e a nova proposta em razão de outra infração.

Identificou-se com a pesquisa procedida que qualquer pessoa que tenha acesso à *internet*⁵¹⁶ pode consultar, além das ações penais, todos os TCOs em curso e até os já arquivados que tenham tramitado nos JECs de Belém, constatando lá os nomes completos dos supostos autores do fato e as respectivas infrações, a eles, indigitadas apenas em fase de procedimento preliminar, o que gera constrangimento

⁵¹⁴ STJ. Sexta Turma. HC 63343/MS, publicado no DJ 03/09/2007, p. 229.

⁵¹⁵ Seu item 3.12 está assim vazado: "O processo pessoal do delinqüente é estritamente confidencial e inacessível a terceiros. Só podem ter acesso a ele as pessoas directamente interessadas na tramitação do caso, ou outras pessoas devidamente autorizadas".

⁵¹⁶ O módulo, até a data da pesquisa (30/8/2007), era acessado pelo endereço eletrônico <http://www.tj.pa.gov.br/>, seção consultas rápidas, item processos de 1.º grau, preenchendo-se o nome do suposto autor do fato ou da vítima.

ilícito (art. 76, § 6.º, da Lei 9.099/1995)⁵¹⁷, estigma social, prejuízos pessoais e familiares, além de ser inconstitucional por flagrante ofensa ao princípio da dignidade humana, afetando seu direito constitucional à intimidade e à honra.

Decerto, as informações prestadas pelo Judiciário, quanto aos TCOs, são atos administrativos. Entrementes, essa constatação não permite, por si só, impor a publicidade de dados pessoais que não são de interesse público nem da Administração. Observa-se que de um lado se tem um princípio constitucional descrito no *caput* do art. 37 que tange à Administração Pública; de outro, direitos fundamentais descritos no art. 5.º, incs. XXXIII e LV, de maior peso e medida no caso vertente, pois, inexistindo interesse público (consoante ocorre, *v.g.*, em relação à publicidade deferida aos processos penais em trâmite e condenações transitadas em julgado), deve prevalecer a proteção à intimidade.⁵¹⁸

Como solução, bastaria à Presidência do TJE-PA determinar ao setor responsável pelo sistema de dados que omitisse nas consultas via *internet* o nome do suposto autor do fato, enquanto não houvesse ação penal proposta, fornecendo apenas as iniciais, tal qual ocorre nas informações pertinentes aos menores infratores.

Sobredita crítica procede, porém, apenas em relação à práxis, que pode ser evitada com uma simples ordem administrativa da Presidência do TJE-PA, não incidindo contra a idealização constitucional dos JECs.

⁵¹⁷ Art. 76, § 6.º 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.

⁵¹⁸ “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no art. 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Existem na própria Constituição (art. 5) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade: 1. o inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público; pode ocorrer que, em certas circunstâncias, o interesse público esteja em conflito com o direito à intimidade, hipótese em que deve prevalecer em detrimento deste, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual. [...] 3. O inciso XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 75.

Itera-se que a prática vitanda, ora criticada, não impõe a abolição dos JECs, embora abale a concretização do ideal de justiça substantiva, por ser uma realidade injusta que distancia a idealidade do Direito da realidade social.

3.13 Informalidade processual em ofensa aos direitos fundamentais

Geraldo Prado indigita a informalidade dos JECs como uma flagrante ofensa à Constituição, tendo por fim exclusivo a aceitação de punição pelo suposto autor do fato sem processo.⁵¹⁹

A Lei 9.099/1995 dispensa o inquérito policial, substituindo-o pelo TCO. Na fase processual, a instrução deve ser condensada em uma única audiência de instrução e julgamento, na qual o juiz inquirirá as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogará o réu, ouvirá as alegações finais das partes, fazendo, de tudo, um resumo dos fatos essenciais, para, logo em seguida, prolatar a sentença.

Na prática belenense, porém, isso não ocorre, pois os JECs vêm desrespeitando a determinação legal e seus próprios fins, recebendo TCOs, muita vez, com o histórico do fato contendo de uma a cinco linhas apenas, não permitindo sequer a formação da convicção jurídica preliminar quanto à culpabilidade do suposto autor do fato, mesmo assim, quase sempre a proposta de transação “penal” é formulada, não sendo raro, sem outros elementos, a ação penal ser oferecida e recebida em nome do princípio da informalidade.

Essa prática vitanda não é proposta pela Lei 9.099/1995 nem se coaduna com a tríplice finalidade do Direito, por não ser justa, por gerar insegurança ao desrespeitar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da inocência, da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, entre outros.

O que se deve criticar é a inobservância da própria lei dos juizados e de vários princípios de direito fundamental por meio do desvirtuamento de um princípio processual, *i.e.*, o da informalidade, tornando injuntiva a conclusão de que nenhum

⁵¹⁹ PRAGO, Geraldo. “Transação penal: alguns aspectos controvertidos”. In: WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 85.

dos princípios citados no parágrafo acima nem mesmo o da informalidade regrada pela Lei 9.099/1995, na prática, está sendo atendido pelos JECs de Belém.

O risco de excessos praticados em nome do princípio da informalidade é um fato a ser considerado, ajustando-se a prática às diretrizes constitucionalistas por meio da observância da Lei 9.099/1995 e dos demais princípios jurídicos concernentes, por serem direitos fundamentais.

Não se olvida que a Lei 9.099/1995, embora tenha sido feliz ao determinar a confecção de termo circunstanciado, entendido esse como uma historiagem minuciosa da ocorrência infracional e das provas correlatas, pecou por deixar ao inteiro talante do juiz a redução a termo de um “breve resumo” (art. 81, § 2.º) das provas produzidas oralmente, segundo o que ele entender essencial, *i.e.*, a Lei 9.099/1995 permitiu que o formal (inquérito policial) se convolasse em informal (TCO), mas a informalidade foi de tamanha ordem que permitiu ao juiz deliberar o que seria essencial para a orquestração de seu “breve resumo” sobre os fatos, as versões das partes, as declarações da vítima, dos peritos e dos testigos, além do interrogatório do réu, quando, neste particular, deveria ter permitido que o informal fosse laborado dentro de um critério mínimo de formalidade, necessário à segurança jurídica justa.

Isso pode acarretar prejuízo às partes pelo excesso de subjetividade e de tendenciosidade próprio de alguns magistrados, que por serem humanos, carregam consigo o complexo de possibilidades próprio de qualquer homem, impregnado de virtudes, mas também de imperfeições, (pré)conceitos, veleidades e tantas outras qualidades negativas inerentes a qualquer pessoa.

A sentença põe termo ao processo, mas não ao litígio, que pode continuar em grau de recurso, de *habeas corpus* ou até de revisão criminal. Por essa razão, a omissão de informações produzidas no curso da instrução processual pode acarretar grave prejuízo às partes, principalmente ao réu, que na relação processual, figura como hipossuficiente, pois litiga sozinho contra todo o aparato estatal (polícia, Ministério Público e Judiciário).

Na prática adotada pelos JECs de Belém, colimando-se não dar ensanchas a possíveis nulidades ou mesmo ao desgaste dessa alegação, forçando fundamentados e longos rebates, em nome dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tem-se adotado o formalismo quanto ao ato de produção das provas subjetivas, reduzindo-se a termo todas as declarações e as alegações finais das partes sem se proceder a um resumo daquilo que seria essencial, reduzindo-se o

informalismo e a celeridade processual, mas em nome e em respeito de direitos fundamentais justificantes dessa dose de formalidade na informalidade.

O equilíbrio do formalismo necessário à segurança jurídica pode ser alcançado com algumas doses de informalidade.⁵²⁰ Nesse ponto, o papel *normatizador* da jurisprudência pode quebrantar o rigor formalista de algumas regras processuais, a serem consideradas como meios, e não fins em si mesmas.

No escopo de se garantir a segurança jurídica necessária aos direitos fundamentais da vítima e do suposto autor do fato, o princípio da informalidade deverá otimizar a prestação jurisdicional nos JECs com uma adequada dose de formalidade na informalidade dos atos processuais, obtida por meio da experiência judicial e do *usus forensis*, no caminhar da história do Direito e de seu processo dialético de complementaridade elementar e finalístico.

É importante considerar, quanto ao princípio da informalidade, que o desenvolvimento industrial e o crescimento econômico inerem à existência do Estado capitalista, sendo esse o paradigma hodierno da maioria dos Estados, que também se soma à cobrança de eficiência da ordem pública com redução de custos na respectiva promoção, mas essa redução, por meio da informalidade, não pode prejudicar direitos fundamentais ainda que para tutelá-los haja uma elevação de custos.

Já se disse ao norte que o preço das garantias processuais para a liberdade individual, lembra Rodrigo Azevedo, gera, “de um lado, um certo nível de desordem, de impunidade e de ineficiência da prestação judicial e, de outro, o aumento de gastos públicos com a oferta de serviços judiciais”⁵²¹, o que se admite em respeito aos direitos fundamentais de quem se vê na condição de processado ou mesmo de investigando na fase pré-processual.

A eficiência na prestação jurisdicional, erigida como princípio constitucional (art. 37, *caput*, da CF/1988), deve estar comprometida com o Direito justo e com a construção do Estado (Social) Democrático de Direito, em busca da segurança jurídica e do progresso social, pelo que não se está a propugnar, consoante crítica

⁵²⁰ A título de exemplo, cita-se o princípio da fungibilidade em que mesmo se ofendendo uma norma processual (formal), permite-se o recebimento do recurso erroneamente interposto (ou de outro ato) pelo correto, observada a boa-fé processual do recorrente e o prazo do recurso certo.

⁵²¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 61.

Alexandre da Rosa, uma “compulsão por eficiência”⁵²² dos processos penais a qualquer custo, de tamanha ordem que imponha acentuada celeridade por meio da simplificação e informalidade dos procedimentos e processos penais da competência dos juizados, cujo preço seja a elisão dos direitos fundamentais, especialmente quanto à ampla defesa e ao devido processo legal.

Entretanto, não se deve olvidar que o poder público só é verdadeiramente legítimo quando o progresso, até mesmo no modelo capitalista, prioriza o social, sem abandonar seu fito quanto ao progresso econômico, o qual deverá ser promovido também em função daquele, gerando um círculo socialmente positivo de geração de progresso e de renda como efeito da justiça distributiva e inclusiva, repugnando as conseqüências deletérias da dialetização social decorrentes da verticalização das classes sociais de forma discriminatória e excludente, que tanto desrespeita o princípio da igualdade material de todos, não apenas perante a lei, mas também por meio da lei.

O hiato existente entre a dura realidade nacional com injustiças sociais em repleção e o Direito positivo não promove justiça, progresso social nem segurança jurídica, fazendo desses desideratos do Direito uma “folha de papel”, injustamente, sem vida, na qual se constata a hipocrisia de proclamações em nome de uma pseudo-segurança longe de ser efetivada. Todavia, essa assertiva deve ser interpretada com parcimônia, pois não se pode negar que o Direito quando formalizado (norma) já está subindo os primeiros degraus de sua constante construção (fato), embora ainda esteja longe de seu ideal (valor).

O devido processo legal exige formalidades e despesas por parte do Estado para garantir o respeito aos direitos fundamentais do réu, contendo os excessos da intervenção estatal. Quanto a esse ponto, bem elucidativa é a preleção de Lopes Júnior, ainda que ele seja contrário à justiça consensual: “O processo penal antes de ser um meio para aplicação da pena, deve servir de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais do réu.”⁵²³

O excesso de formalidades, contudo, além de tornar excessivamente dispendiosa a jurisdição, empece o andamento econômico, célere e razoável dessa

⁵²² ROSA, Alexandre de Moraes da. “Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p 64.

⁵²³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos e instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44.

prestação, causando insegurança jurídica, bem como atua como fator criminógeno propiciado pela impunidade que se instala na vida social.

O desenvolvimento, em todas as suas diretrizes, impõe a redução de custos com a desburocratização processual, flexibilizando o formalismo, quando não, exigindo procedimentos judiciais informais para a solução de alguns conflitos penais, sem que nessa linha de atuação o Estado extrapole os lindes de sua intervenção, sufocando direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade na relação entre meio e fim).

O progresso social só é possível quando o Direito é constituído não apenas de normas formais justas, ditas, na obra de Arnaud *et alii*⁵²⁴, “direito no livro”, mas também materializadas como “direito em ação” ou Direito vivo, garantindo, dessarte, os fins de segurança jurídica e de progresso social. Este é conseqüência da justiça distributiva e da solidariedade humana; aquele, da certeza do império da justiça como princípio reitor das relações interpessoais, bem como, entre o Estado e o povo.

O Direito Penal não pode andar na contramão do Direito considerado em sua unicidade, sob pena de abandonar sua condição mesma de Direito. Por isso, em nome da segurança, esse ramo do Direito não pode servir como controle social injusto, nem em sua manifestação formal, nem em sua construção prática. A semente da injustiça produz árvore e frutos do mesmo jaez, acirrando o quadro da insegurança pela elevação da criminalidade, dificultando, por conseguinte, a segurança jurídica e a paz social.

O Direito Penal, como sistema formal de controle social, vem sofrendo reformas, no escopo de garantir a segurança e a paz social, pois a insegurança instalada pela crescente criminalidade, mormente pela criminalidade violenta, cifrada à pressão da sociedade, cuja voz vem sendo amplificada pela imprensa, premem o Estado, no desiderato da promoção da segurança e da ordem social, à legiferação inclemente e severa, quando, em vez dessa diretriz, deveria ser mais justo não apenas na atividade legiferante, mas também com a implementação de políticas públicas destinadas à inclusão social e econômica, mitigando as desigualdades sociais que marginalizam e, conseqüentemente, levam à criminalidade.

⁵²⁴ ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O melhor fator de redução da criminalidade é a certeza da respectiva incidência com o justo doseamento da intervenção estatal dentro de uma concepção constitucionalista equilibrada, que pode, mesmo por meio do Direito Penal, nem ser promovida com a inflicção de pena, mas com a reparação de danos na esfera penal ou, a título de transação “penal”, com a aplicação de medida civil, garantindo, assim, a intervenção estatal de cunho consensual, que propicia, concomitantemente, a reintegração social do suposto autor do fato e a efetiva reparação ou minimização dos danos sofridos pela vítima.

Nesse particular, bem caminhou o constituinte originário com a idealização dos juizados, permitindo ao Estado a respectiva presença e resposta quando diante de conflitos interpessoais e sociais decorrentes de infrações penais de menor potencial ofensivo, autorizando que os atores envolvidos nesses conflitos, quer na órbita do fato em si (suposto autor do fato e vítima), quer na representação do Estado-Administração e do Estado-Juiz (promotor de justiça e magistrado), resolvam, respectivamente, suas pendências sob a intermediação estatal, compondo danos e aplicando medidas antecipadas alternativas ao processo criminal, em evitação à aplicação das autênticas sanções penais, máxime no que tange à pena privativa de liberdade, cujas conseqüências deletérias, na maioria dos casos⁵²⁵, não justificam o rigor destas.

Não se deixa de reconhecer que os JECs são uma conseqüência do modelo de Estado capitalista como exigência de justiça menos formal, mais rápida e econômica, sendo esta característica duplamente imposta, ou seja, quer no sentido de economia dos atos processuais pela informalidade e condensação da instrução e do julgamento em uma única audiência, quer no barateamento da prestação jurisdicional com redução de seus custos, que, muita vez, por meio de um procedimento judicial informal preliminar ao processo, pode solucionar conflitos que antes dos juizados propiciavam dois processos: um no crime, outro, no cível.

A celeridade e a economia processual facilitadas pelo princípio da informalidade nos JECs contribuem para o progresso social, à luz das exigências do Estado capitalista, assim como para a segurança jurídica pela certeza da maior atuação estatal no combate à criminalidade, embora de forma menos interventiva,

⁵²⁵ A maior parte dos tipos penais está classificada como infração penal de menor potencial ofensivo, por isso se afirma que para a maioria dos casos penais a aplicação de sanção penal no rigor técnico dessa terminologia, máxime da pena privativa da liberdade, não se justifica.

tomando-se como referencial de equilíbrio entre esses dois fitos do Direito, a justiça substantiva, que se promove pelo respeito e edificação dos direitos fundamentais, tanto *in abstracto* quanto *in concreto*.

A informalidade nos processos penais de competência dos JECs é princípio integrante de todo um sistema jurídico, deve, portanto, ter sua normatividade observada, embora deva ser limitada pela incidência dos demais princípios integrantes do ordenamento jurídico, mantendo-se com eles em equilíbrio, mormente quanto aos respeitantes a direitos fundamentais.

Esse equilíbrio impõe o dever de que a raia da informalidade não seja ultrapassada, laborando-se, nos JECs, com uma dosagem adequada do formal no informal e, no juízo comum, com o informal no formal, respeitando-se, assim, os direitos fundamentais do suposto autor do fato ou do acusado.

O princípio da informalidade equilibrada, *i.e.*, da informalidade com um mínimo razoável de formalidade, é consonante com o sistema jurídico ao qual pertence, no âmbito dos JECs, sendo elogiável nos seguintes aspectos:

a) Amplia o acesso à justiça, mormente da classe pobre, possibilitando, em muitos casos, que, em uma simples audiência, sem indiciamento, sem ação judicial, sem processo, sem despesas processuais ao jurisdicionado, o(s) conflito(s) existente(s) seja(m) solucionado(s) não apenas no aspecto penal como no cível, ou que o caso penal seja encerrado, evitando o constrangimento do processo penal e as suas conseqüências sociais estigmáticas e pessoais traumatizantes, ampliando o leque do acesso à justiça e o respeito à dignidade da pessoa humana;

b) Possibilita a conciliação como solução informal despenadora, menos traumática e intervencionista dos conflitos penais, considerando que a pena privativa de liberdade não atende satisfatoriamente à sua função de prevenção positiva específica, mormente quanto ao caráter reeducativo e ressocializador;

c) Permite, à vítima, ser atendida por meio de um procedimento judicial simples, precedente ao processo, facilitando, por meio de intermediação judicial e com a presença do Ministério Público, o registro informal de seu desabafo, das suas dores, a possibilidade de perdoar seu agressor e, não raro, deste se desculpar e demonstrar sua sincera resipiscência, como justa medida de superação de conflitos interpessoais, além de propiciar, na mesma informalidade, a punctação clausular quanto à reparação integral dos danos sofridos ou de sua minimização. A conciliação

em sentido lato, quando devidamente mediada, trata também os sentimentos que afligem os conflitantes, atendendo ao ideal de justiça restaurativa;

d) Reduz a morosidade da justiça, bem como o número de processos nas varas penais, em razão da diversificação e especialização dos órgãos jurisdicionais, impedindo, concomitantemente, que as infrações de menor potencial ofensivo não sejam selecionadas para aguardarem engavetadas até a expiração do prazo prescricional correlato, nem que estas disputassem espaço na pauta com processos penais envolvendo casos criminais bem mais graves, determinantes de maior urgência na prestação jurisdicional;

e) Amplia a busca pelo Judiciário, tornando-o mais próximo do seio social, desacreditado em face da morosidade em relação a todos os processos em curso e pelo descaso quanto às infrações de menor potencial ofensivo, decorrente da seleção para efetivo julgamento dos processos que lhe interessam julgar em razão da maior gravidade;

f) Desonera sobreposse a promoção da justiça e a democratiza, tornando-a gratuita, à vítima e ao suposto autor do fato, facilitando o acesso aos serviços judiciais, diminuindo também os gastos públicos impostos pela extrema formalidade ainda constatada nos processos penais que refogem à competência dos JECs, quando, até neles, dever-se-ia laborar com um mínimo razoável de informalidade na formalidade, desburocratizando o processo penal de forma geral.

Na lição de Rodrigo Azevedo⁵²⁶, outro elemento conceitual que configura o tipo ideal de informalização da justiça é a “geração de um senso de comunidade e o estabelecimento de um controle local, através da resolução judicial de conflitos”. Fugindo-se às rédeas do extremo formalismo, as pessoas envolvidas no conflito penal têm mais oportunidade e ficam em melhor condição para se expressar, aproximando-se, democraticamente, o Judiciário das pessoas, não apenas dos letrados ou dos abastados, mas do cidadão comum, do pobre, do leigo, dos integrantes de grupos minoritários no sentido qualitativo.

O princípio da informalidade na mediação, na conciliação e, mormente, na instrução criminal e no julgamento, não pode, todavia, complicar a vida do suposto autor do fato nem do réu, muito menos obstaculizar o exercício de seus direitos

⁵²⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 68.

fundamentais, especialmente, na fase processual, os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A garantia individual desses direitos, entre eles o da informalidade dosada com prudência, retorna como garantia também de todos. Essa justiça material em cada caso concreto, aparando-se os excessos da informalidade com uma porção consentânea e razoável de formalidade, por conseguinte, faz florescer, com o tempo, o sentimento social de segurança jurídica necessário ao progresso social.

3. 14 Hipertrofia do poder delatatório da vítima

Wunderlich observa que supostas vítimas, com a facilidade de confecção do TCO, não apenas passaram a registrar mais ocorrências policiais, solicitando o encaminhamento de casos penais aos JECs, que antes deles eram informalmente resolvidos no âmbito da Delegacia ou por lá eram arquivados⁵²⁷, assim também que suas declarações foram hipervalorizadas, pois, sem a investigação policial própria do inquérito, o TCO é confeccionado informalmente, sem a inquirição de testemunhas, tomando as palavras da vítima como verdades suficientes para o início do processo penal, forçando, muita vez, o suposto autor do fato a constituir defensor e a aceitar qualquer proposta em seu “benefício”.

Referida crítica tem procedência apenas quanto aos JECs que adotam como prática execrável a transação “penal” em qualquer circunstância, mesmo não havendo elementos mínimos suficientes para a propositura da ação penal. Se essa verificação prévia for realizada como requisito objetivo legal da proposta de transação “penal”, não há que se falar em injustiça dessa proposta, máxime quanto a seu instituto.

⁵²⁷ Essa aplaudida resolução informal de conflitos penais na delegacia de polícia é extremamente preocupante. Primeiro, porque afasta do Judiciário questões de sua competência; segundo, porque é uma porta escancarada para a corrupção; terceiro, porque alenta arbitrariedades e a influência do poder econômico e/ou político eventualmente havido em favor de um dos envolvidos no conflito o que afetará o tratamento justo e isonômico entre os conflitantes. Lesão a direito, seja ele qual for, não deve ser afastada da apreciação do Judiciário, sendo essa a inteligência do princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional como garantia da segurança jurídica individual lastrada no art. 5.º, inc. XXXV, da CF/1988, devidamente conquistada pelo Estado Democrático (Social) de Direito.

Concorda-se que realmente a palavra da vítima tem sido hipervalorizada nos JECs,⁵²⁸ mas esse é um problema de ordem prática, e não dos juizados como órgãos idealizados no texto constitucional. A práxis, realmente, é sujeita a severas críticas, o que não impõe aniquilar a instituição dos JECs nem os seus institutos.

Quando a Lei dos JECs prescreve que o relatório policial informal constitua um termo circunstanciado, está determinando que referido termo seja minucioso quanto às provas apuradas informalmente. Portanto, para fins de transação “penal” não são suficientes as palavras da vítima, *a fortiori* para a propositura de ação penal, sendo imprescindível que, no TCO, constem também a versão do suposto autor do fato e os relatos das testemunhas apontadas por todos os envolvidos, ainda que tomados informalmente pela autoridade policial.

Faz parte do múnus policial, ministerial e judicial, tal qual seus atores procedem em relação aos testigos que inquirir no exercício de seus respectivos misteres, que, no ato do registro de ocorrência policial e da solicitação da confecção do TCO, bem como em audiência preliminar, a vítima seja esclarecida, sem constrangimentos e intimidações, de que, ao dar causa à investigação criminal, a procedimento ou a processo penal, sabendo inverídica a respectiva delação, ela estará incidindo em crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP).⁵²⁹

Esse procedimento, todavia, deve ter caráter informativo, e não admonitório, ainda que não seja prescrito pela Lei 9.099/1995, constando como uma das propostas de (re)construção dos JECs neste trabalho, que, *de lege lata*, seja determinado, mas, incontinenti adotado nas delegacias de polícia e no dia-a-dia forense, como recomendação superior das respectivas corregedorias, sempre se tomando a cautela, no ato de sobredita advertência, de se proceder com a prudência necessária para não intimidar a vítima, não empecendo, assim, o

⁵²⁸ “EMENTA: HC. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENÚNCIA BASEADA APENAS NO REGISTRO DE OCORRÊNCIA FEITO PELA VÍTIMA. CRIME DE AMEAÇA. IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. Apesar de lastreada apenas no Registro de Ocorrência, a denúncia preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que o acusado conheça o fato que lhe é imputado e possa dele se defender. Nos crimes de ameaça, a palavra da vítima se reveste de importância para a formação dos indícios de autoria, capazes de deflagrar a ação penal. Nos juizados especiais criminais, a acusação pode ser oferecida exclusivamente com base no Termo Circunstanciado de Ocorrência - TCO, dispensando-se o próprio inquérito policial. Daí se mostrar prematuro o trancamento da ação penal. Habeas corpus indeferido”. Cf. *in* STJ – 1.ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, HC 85803/RJ, DJ 10/8/2005. p. 423.

⁵²⁹ “Artigo 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente [...]”

exercício de seu direito a levar, ao conhecimento do juizado, o conflito penal em que efetivamente se encontra, buscando a reparação de seus danos e uma resposta estatal, ainda que pela transação “penal” ou por meio do processo penal (caso instaurado), esclarecendo-se, à vítima, que a falta de prova contra o suposto autor do fato não acarretará a responsabilidade penal dela, a menos que se comprove ter sido dolosamente falsa a notícia acerca da ocorrência da infração penal ou da respectiva autoria.

Não se pode olvidar que nem todos agem com lealdade e verdade, nem mesmo quando a delação é de crimes mais graves que refogem à competência dos JECs, o que também caracteriza crime de denúncia caluniosa, pelo que, sendo imputável, a pretensa “vítima” deverá ser responsabilizada criminalmente pela imputação dolosamente falsa que vier a cometer. O que não se admite correto é que a prática vitanda de se hipervalorizar a palavra da vítima, em qualquer circunstância, seja imputada como um vício institucional determinante da elisão dos JECs como legítimos órgãos de promoção tanto de justiça penal quanto de segurança jurídica.

Não se vê, como fato passível de crítica razoável, a facilitação propiciada à vítima quanto ao melhor acesso à autoridade policial e ao Judiciário, simplesmente porque, segundo a doutrina contrária, o que está em questão não passa de infração de menor potencial ofensivo que deveria ser descriminalizada em sua maioria ou relegada a soluções informais ou ao esquecimento mesmo, consoante sóia acontecer antes da Lei 9.099/1995.

Ao revés dessa crítica, observa-se que a facilitação do acesso à polícia e ao Judiciário pelas vítimas em geral desponta como fator positivo de melhor distribuição da prestação jurisdicional e da edificação do Direito justo, quanto à sua finalidade ideal de justiça substantiva, de democratização do Judiciário e desburocratização do processo penal. A fase procedimental conciliatória precedente tem por desígnio evitar a instauração do processo penal, assegurando uma resposta estatal justa à vítima, à sociedade e ao suposto autor do fato, pois a vítima terá a composição de seus danos possibilitada de forma rápida e gratuita; a sociedade lastreará o sentimento de segurança jurídica quanto à presença do Estado na tutela genérica e concreta dos bens jurídicos em geral; por fim, o suposto autor do fato terá a seu favor a concreção da intervenção mínima do Estado, procurando-se, sempre que possível, evitar a imposição de pena privativa de liberdade mediante a fomentação dos institutos

conciliatórios e extintivos da punibilidade previstos na Lei 9.099/1995 ou, em caso de efetiva condenação, com a priorização das penas substitutivas cominadas nos artigos 43 *et seqq.* do CP.

3.15 Falta de representação popular nos juizados especiais criminais

O art. 98, inc. I da CF/1988, estatui que os juizados serão providos por “juízes togados, ou togados e leigos”, o que permitiu à Karam concluir que a Constituição “sinalizava a abertura de um novo espaço para a participação popular direta no exercício da jurisdição, com a previsão de integração dos juizados especiais por juízes leigos atuando ao lado de juízes togados”⁵³⁰. Contudo, tirante o Tribunal do Júri, a CF/1988 não fez nenhuma outra previsão de órgãos do Judiciário contendo participação popular (art. 5.º, inc, XXXVIII).⁵³¹

No entendimento de Karam, a idealização constitucional pela democratização dos juizados teria sido objetada pelo legislador ordinário ao coarctar a competência dos juízes leigos apenas aos atos intermediários de conciliação (arts. 60 e 73 da Lei 9.099/1995), nem sequer podendo participar da respectiva homologação, por ser ato exclusivo do juiz togado.

Entrementes, a participação popular direta com a previsão de composição dos juizados contendo juízes togados e leigos para a tomada de atos jurisdicionais não é o que reza a Constituição, pois se a intenção do constituinte fosse a de tornar os JECs um colegiado jurisdicional popular, tê-lo-ia feito expressamente, tal qual consta de seu art. 5.º, inciso XXXVIII.

É curial observar que a redação do inc. I do art. 98 menciona a possibilidade alternativa de os juizados serem compostos apenas por juízes togados ou por juízes togados e leigos, o que permite a interpretação clara e inequívoca de que apenas aos juízes togados foi deferida competência de ato jurisdicional, enquanto aos juízes leigos, atos de natureza procedimental e coadjuvante, que não

⁵³⁰ KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais – A concentração antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004. p. 35.

⁵³¹ Decerto, a Constituição previu a competência do Tribunal do Júri para os crimes dolosos contra a vida, mas não fechou as portas dessa instituição para outros crimes. Nega-se, aqui, a necessidade dessa medida em relação às infrações da competência dos JECs, pelos vários estorvos que ela provocaria na concretização da tridimensionalidade teleológica do Direito, consoante se verá mais abaixo.

implicassem em prestação jurisdicional. Os juízes leigos nem mesmo podem homologar os acordos por eles intermediados.

A participação dos juízes leigos nos JECs, em que pese estar adstrita à fase de mediação e a das propostas conciliatórias, sem poder de jurisdição, estende aos juízes leigos a competência exclusiva dos juízes de carreira para presidir audiências, *in casu*, a audiência preliminar, e intermediar acordos judiciais (composição de danos e transação “penal”), conquanto o ato final da conciliação, a sua homologação, compita, exclusivamente, ao juiz togado.

Foi, sim, acertada a limitação dos poderes do juiz leigo a atos de mediação e conciliatórios, pois, caso contrário, os juizados teriam sido transformados em colegiados jurisdicionais. Em vez de celeridade e economia processual, propiciariam maior burocratização, despesas e complexidade de atos processuais, emperrando, por conseguinte, a máquina judiciária, ou seja, ensejariam tudo aquilo que com os JECs se tentou evitar e remediar, uma atuação na contramão da segurança jurídica e do progresso social.

Caso a Lei 9.099/1995 exigisse para o ato da prestação jurisdicional final, tanto na fase conciliatória quanto na sentença definitiva, a atuação de juízes togados e leigos, haveria necessidade de cada juizado ser composto por, no mínimo, três juízes, dois leigos e um togado ou dois togados e um leigo, evitando o empate nas decisões.

Essa composição colegiada dos JECs oneraria sobreposse as despesas processuais e com pessoal, estorvando a proliferação descentralizada dos juizados, consoante bem receita a idealização legislativa (art. 94 da Lei 9.099/1995) e que vem se materializando com a inauguração de alguns JECs distribuídos em bairros e distritos, consoante ocorre em Ananindeua, onde há, afora os vários Juizados Cíveis, os JECs sediados no prédio da Universidade da Amazônia (Unama), nos Bairros da Cidade Nova e do Paar, bem como na Capital, onde há Juizados nos Distritos de Mosqueiro e Icoaraci e nos Bairros do Jurunas, do Guamá (Idoso), na Faculdade Ideal (Meio Ambiente), afora os sediados no Fórum Criminal da Capital⁵³².

Não se identifica, nem mesmo *a priori*, coerência em se permitir a onerosa participação popular, sob pena de causar grande gravame à prestação jurisdicional, pela lassidão procedimental que obstaculiza a finalidade e a utilidade dos juizados

⁵³² Dados verificáveis no site do TJE-PA em 23/8/2007. Cf. <http://www.tj.pa.gov.br/>

e, por conta disso, debilita a segurança jurídica pela falta de resposta estatal imediata à infração penal, frustrando, ainda, o avigoramento do sentimento de certeza quanto a essa segurança no bojo social.

É de ser questionada, quanto à participação popular no julgamento de crimes dolosos contra a vida, até a utilidade da instituição do júri, como mecanismo de democratização do Judiciário, pois além dos processos correlatos serem extremamente dispendiosos ao Estado, promovendo lentidão na prestação jurisdicional quanto a crimes que deveriam ter resposta urgente do Estado, em sendo os mais graves previstos no ordenamento jurídico, é cediço que muitos jurados – juízes leigos, alguns quase analfabetos, consoante sói acontecer no interior do Estado – se deixam influenciar pelo teatro instalado nas sessões de julgamento, sem atentar para as complexas questões jurídicas e de justiça substantiva imbricadas ao caso, por não estarem preparados para nem sequer as entender, quanto mais delas tratar, isso a par da imaturidade de alguns, visto se admitir jurados com apenas 18 anos de idade (art. 436, *caput*, do CPP).

Há, decerto, incompatibilidade entre a proposta de participação popular na atividade judicial dos JECs e a tridimensionalidade finalística do Direito, pois se obstaculizando a observância e a extrema utilidade dos princípios de celeridade e economia processual que lhes são afetos, tornando os respectivos processos mais lassos e dispendiosos, as infrações de sua competência, cujos prazos prescricionais são bastante curtos, acabariam em arquivamento pelo emperramento da máquina judiciária, causando desperdício de verba pública sem nenhum retorno útil e positivo à comunidade, suscitando um sentimento de insegurança pela certeza da omissão e inoperância do Estado, além de promover injustiça contra a vítima e seus familiares, alentando, dessarte, o sentimento de vingança privada, fatos esses que também servem de escolho ao progresso social.

3.16 Necessidade de juízes distintos na conciliação e no julgamento

Chies defende, em nome do princípio da imparcialidade do juiz, do princípio da presunção de inocência e da não afetação da “culpa” para fins conciliatórios, que o juiz “ator” da fase conciliatória pré-processual não deva ser o mesmo magistrado

que irá instruir e julgar a causa penal, pois o “ator” que participa da malograda fase conciliatória “já estará plenamente contaminado por seu julgamento e, portanto, incapacitado de agir como ‘supraparte’ gestora de tutela de direitos recíprocos na conciliação ou mediação”. Portanto, deveria haver “‘atores’ (juízes) distintos enquanto gestores das diferentes fases do procedimento”⁵³³.

Lopes Jr.⁵³⁴, avesso ao instituto da transação, por entendê-la como mecanismo de “negociata” do processo penal e da administração da justiça, também reclama contra o fato de que o juiz, muita vez, interessado no rápido procedimento conciliatório para ulterior arquivamento de mais um caso penal, por estar mais preocupado com a redução de sua abarrotada pauta e com sua produção quantitativa para fins estatísticos e de mérito profissional do que quanto ao seu múnus jurisdicional qualitativo, ou seja, de agente construtor do Estado (Social) Democrático de Direito por meio da concretização material do Direito justo, acaba preterindo esse múnus não sendo raro demonstrar sua insatisfação quando ocorre a recusa, pelo suposto autor do fato, das propostas conciliatórias, como se fosse a imposição do tudo ou nada, do concilia ou é condenado, quiçá, à pena máxima.

O fato de o juiz que intermedeia a composição de danos com a vítima e a apostrofada “negociata” com o Ministério Público, ser o mesmo juiz que também instruirá e julgará o processo quando o concerto extintivo da punibilidade resvalar-se de balde, representa, para Aury Lopes Jr., uma clara contaminação da almejada imparcialidade do magistrado, por ser “imenso o prejuízo causado por seu pré-juízo. Não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu”⁵³⁵.

Essas críticas, entretanto, são infundadas, pelas razões íferas:

a) Em casos penais mais graves, que refogem à competência dos JECs, o juiz toma conhecimento prévio das provas pré-processuais até mesmo antes do Ministério Público, pois, no Pará, os inquéritos policiais são encaminhados pela Polícia Judiciária ao Poder Judiciário, sendo depois distribuídos a um juiz, quando, então, abre-se vista dos autos inquisitoriais ao representante do *Parquet*. Pode,

⁵³³ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “É possível se ter abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 209.

⁵³⁴ LOPES Jr. Aury. “Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 122.

⁵³⁵ *Ibidem*. p.123-124.

ainda, o juiz que irá instruir e julgar a causa, de *motu proprio*, requisitar a instauração de inquérito policial para a apuração de crime em relação ao qual tenha tomado conhecimento, o que é muito comum no interior do Estado. O juiz também pode apreciar as provas e externar juízos de valor na fase pré-processual ao analisar o auto de prisão em flagrante, representações ou requerimentos tangentes a prisões cautelares, busca e apreensão domiciliar, escuta telefônica, quebra dos sigilos bancário e fiscal, etc., sem que esses atos constituam fatores comprometedores de sua necessária imparcialidade, não se justificando o temor de ele ser influenciado pelos debates, desabafos, recusas e por outras manifestações da vítima e do suposto autor do fato em audiência preliminar, sob a alegação de que esses fatos importariam na formação de uma imagem negativa acerca do suposto autor do fato no (in)consciente do julgador⁵³⁶;

b) O argumento de que, na fase processual, a possibilidade de retaliação judicial contra o réu pelo simples fato de ele ter-se recusado ao concerto intermediado pelo mesmo magistrado que presidiu a fase procedimental preliminar conciliatória, gerando neste um sentimento misto de revolta e vendeta pelo retardamento de seu trabalho, deixando acumular-se miríades processos em sua pauta, não é fato que possa ser imputado como regra geral aos magistrados. Caso contrário, todos os juízes, até mesmo do juízo comum, estariam propensos a condenar réus processados por crimes bem mais graves pelo fato tão-somente de eles terem dado causa a mais outro processo penal, impondo-lhes, por conseguinte, o acréscimo de pauta e trabalho;

c) A regra não se constrói pela exceção nem pela torpeza de espírito de um ou outro juiz, ainda que se considere a errática natureza humana e sua insondável mente, máxime quando se está a analisar a personalidade de alguém, para cujo cargo se exigiu reputação ilibada no ato de provê-lo e de quem se esperam decisões maduras, justas e amarradas ao princípio da razoabilidade;

d) A ofensa ao princípio da não-culpabilidade e a suposta afetação de “culpa” para fins conciliatórios também não são verificadas nos JECs, porque, na audiência preliminar, havendo ou não o concerto esperado, não há imputação de infração penal, nem julgamento, nem aplicação de pena;

⁵³⁶ Não fosse assim, o que seria da imparcialidade do juiz no processo civil em que vigora o princípio da identidade física do juiz e, no qual, a regra geral é se designar audiência conciliatória prévia, quando esta não lograsse êxito, impondo a instrução e o julgamento da causa? A baldada fase conciliatória não afeta a imparcialidade judicial.

e) Ainda que os debates ocorridos em audiência preliminar e a frustração do pretendido concerto entre os envolvidos provocassem alguma reação negativa de caráter retaliativo ou algum “prejuízo” ao réu por conta de “pré-juízo” do magistrado, o significativo interstício verificado, na prática, entre as datas da audiência preliminar e da audiência de instrução e julgamento, muita vez superior a seis meses, somado ao elevado número de procedimentos, processos e audiências, de fato, servem para dissipar, quando existente, qualquer sentimento negativo, retaliativo, “pré-juízo” (julgamento precipitado) porventura tangente a um ou outro magistrado;

f) Ainda quanto ao item acima, cumpre aduzir que o fator tempo se encarrega de elidir todo e qualquer (pres)sentimento judicial quando se chega à fase processual (audiência de instrução e julgamento), sendo oportuno assinalar que, normalmente, a instrução processual não se dá, pelo adiantado da hora,⁵³⁷ em uma única audiência como manda a Lei 9.099/1995, ou seja, a audiência de instrução, muita vez, não chega a ser também de julgamento. Urge, assim, consignar que, ao se criticar, há necessidade de se conhecer também a prática forense, conjugando conhecimentos empírico e teórico;

g) Decerto, não existem decisões puramente objetivas nem juízes não subjetivos. O juiz, dada a sua natureza humana, é um sujeito, portanto, dotado de subjetividade, que mesmo consciente desse apanágio humano e treinado para decidir objetivamente, não deixa de externar, em suas decisões, sua subjetividade, deveras marcada por suas veias mais fortes nos muitos campos de sua formação religiosa, filosófica, política, moral, científica, etc., sendo a subjetividade inevitável, embora ela possa, mediante algum esforço do julgador capacitado, ser minimizada.

Quanto à proposta de se ter, obrigatoriamente, dois juízes “atores” nos juizados, um presidindo a fase preliminar conciliatória (que poderia ser um juiz togado ou um conciliador); outro, o processo penal propriamente dito, tudo em atenção ao princípio da imparcialidade do juiz, é força anotar que nem a Lei 9.099/1995 nem a Constituição Federal preconizaram essa medida.

Sobredita proposta, que tanto dimensiona a veleidade e suscetibilidade dos juízes, preocupando-se com a incidência desses sentimentos na formação da convicção judicial, deveria, em vez disso, considerar que se o juiz que irá instruir e julgar for o mesmo que irá mediar a conciliação, por um critério de simples lógica,

⁵³⁷ Segundo a experiência em alguns JECs de Belém e Ananindeua.

ele estará compelido a desempenhar bem melhor e com muito mais interesse o papel de mediador para, justamente, evitar a instauração de mais um trabalhoso processo penal, do que qualquer outro magistrado, cujo papel fosse tão-somente o de mediador e conciliador, por este poder ser mais despreocupado com as conseqüências processuais porvindouras em caso de não haver (re)conciliação, cujo fardo resvalará sobre outro juiz.

3.17 Relutância quanto à disponibilidade da ação penal pública

Quadra anotar que, para a segurança jurídica, a norma jurídica é muito importante como fim essencial à convivência ordenada. Não se deve olvidar que o princípio da legalidade foi uma grande conquista herdada do Estado Liberal⁵³⁸, mas referido princípio não deve ser exacerbado nem ter uma tendência formalista fundada, essencialmente, em atos de autoridade, sob pena de comprometer não apenas os demais fins do Direito, como a própria segurança jurídica.

Gazoto⁵³⁹ faz uma crítica quanto ao formalismo no Ministério Público propondo a adoção do princípio da “não-obrigatoriedade da ação penal pública”, levantando como forte argumento, além da razoabilidade, o princípio constitucional da eficiência do serviço público (art. 37, *caput*).

O princípio da obrigatoriedade da ação penal não pode ser interpretado isoladamente, e sim dentro de um contexto sistêmico das normas jurídicas e delas com toda a gama de conhecimentos, científico e filosófico. Assim, sua mitigação deve, *v.g.*, permitir ao promotor de justiça que, em observância do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, analise a conveniência da ação penal no caso concreto,⁵⁴⁰ escusando-se, fundamentadamente, de propô-la

⁵³⁸ Sobre a evolução dos Estados de Direito e as heranças deixadas de um para o outro cf. DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992.

⁵³⁹ GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no ministério público*. Barueri: Manole, 2003.

⁵⁴⁰ Gazoto, entre outros argumentos, indigita como situações que não justificam o “oferecimento de denúncia por parte de membro do Ministério Público mesmo diante da presença de indícios de autoria e materialidade do delito, por observância do princípio da eficiência da ação penal pública e por falta de interesse público: a) inutilidade de futura sentença condenatória; b) excesso de demanda aos serviços judiciários; e c) impossibilidade de obtenção de prova do delito [...] são exemplos de ações inúteis: a) os casos em que se percebe, no curso do inquérito policial ou da ação penal, que a prescrição retroativa é inevitável; e b) impossibilidade de execução penal [...] a

quando se convencer de sua inocuidade, por conta de alguns fatores que a tornam desnecessária e inconveniente.

Concorda-se com a crítica de Gazoto, pois mesmo o princípio da indisponibilidade da ação penal, em parte tendo sido mitigado pelo advento da Lei dos JECs, em face de seus institutos conciliatórios quando extintivos da punibilidade, ultrapassada essa fase preliminar, havendo elementos que autorizem a propositura da ação penal pública, o promotor de justiça, a ela, ainda estará obrigado, mesmo que detecte a sua inconveniência antevendo-lhe o insucesso na sentença, quer pela prescrição virtual que se prognostica, quer pela desesperança em se promover provas na fase instrutória, além dos meros indícios constatados na fase policial, insuficientes para a condenação, mas que ainda satisfazem a sua promoção diante do princípio do *in dubio pro societate* incidente na fase inaugural do processo penal.

Na fase da denúncia ministerial, é consabido, vigora o princípio *in dubio pro societate*, porém, na etapa processual derradeira do édito judicial, impera o princípio *in dubio pro reo*. Ora, se o promotor possui apenas indícios frágeis de autoria, não há razoabilidade no oferecimento da ação penal, a menos que ele tenha a certeza de que no curso do processo conseguirá produzir outras provas. Caso contrário, não deverá invocar o princípio *in dubio pro societate*, até porque a ação penal, ao invés de *pro societate*, será proposta em prejuízo do erário e da própria sociedade que arcará com as despesas correlatas, suportando o pesado fardo da tributação que fará frente a despesas infrutíferas.

O princípio da indisponibilidade da ação penal pública, desde que presentes os elementos necessários à respectiva propositura (art. 41 do CPP), vigorava quase inflexível no processo penal brasileiro quanto à ação penal pública até o advento da Lei 9.099/1995, regulamentando o art. 98, inc. I, da CF/1988, por conta dos princípios da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal serem a regra.

Tornaghi⁵⁴¹, ao se referir à ação penal pública, giza a expressão “esta será promovida”, constante do art. 24 do CPP, como informadora do princípio da obrigatoriedade, presentes todos os requisitos legais necessários à sua propositura.

inexequibilidade de condenação à pena de multa quando se sabe que ela não será cobrada porque é de pequeno valor ou porque o réu e reconhecidamente pobre”. Cf. GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no ministério público*. Barueri: Manole, 2003. p. 2001.

⁵⁴¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 3. ed. v. .I. São Paulo: Saraiva, 1998.

O art. 24 do CPP cumulado com os ditames do art. 28 do mesmo Digesto – quando este determina a submissão do pedido de arquivamento das peças informativas feito pelo promotor de justiça ao reexame obrigatório do procurador-geral de justiça, sempre que o juiz discordar do pedido de arquivamento procedido pelo promotor – proíbem a disponibilidade da ação penal pública em todos os processos criminais que fugirem à alçada dos JECs.

Mirabete,⁵⁴² no ano de 1992, portanto, antes da Lei 9.099/1995, embora já em pleno vigor o art. 98, inc. I, da CF/1988, apontava o juiz como órgão fiscal do promotor de justiça (em vez de o contrário), sempre que este requeresse o arquivamento do inquérito policial, em respeito aos princípios da oficialidade e da indisponibilidade da ação penal. Referido autor, colimando reforçar seu ponto de vista, pinça do ordenamento processual (arts. 42 e 576 do CPP) o princípio da “indesistibilidade”⁵⁴³, tanto da ação penal pública uma vez proposta quanto do recurso interposto pelo Ministério Público.

A disponibilidade da ação penal nos juizados, conforme já anunciado, é regrada, *i.e.*, o promotor, embora goze de discricionariedade para dispor da ação, tem a proposta transacional ou a respectiva recusa regulada pela Lei 9.099/1995 e controlada judicialmente (deve ter previsão legal, nos termos do art. 43 do CP), ser razoável (deve respeitar a dignidade do suposto autor do fato, sua capacidade econômica e laborativa) e proporcional (deve ser dosada, considerando a natureza da infração e suas conseqüências), etc.

A recusa da proposta transacional só será admitida mediante parecer ministerial fundamentado em pelo menos um dos seguintes casos: a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, desde que dentro do prazo de cinco anos a contar da respectiva extinção da punibilidade; b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, por meio de transação anterior; c) 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.

⁵⁴² Ana Cláudia Bastos de Pinho observa que “Nenhum questionamento sobre a substância da norma, seu conteúdo ou significado é cabível no paleopositivismo”, pois a validade e efetividade da norma confunde-se com sua vigência no positivismo clássico, denominado de paleopositivismo. Cf. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 110.

Destarte, sempre que o suposto autor do fato preencher os requisitos legais do art. 76, § 2.º, incs. I, II e III, da Lei dos JECs, terá direito público subjetivo à proposta de transação, não podendo o promotor deixar de oferecê-la, sob pena de a ação penal correlata não poder ser recebida pelo juiz e, se for, ser trancada por meio de *habeas corpus*, consoante já decidiram o STF⁵⁴⁴ e o STJ.⁵⁴⁵

O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública está intimamente elado ao princípio da disponibilidade regrada da ação penal (permite a transação “penal”), sendo aquele mais amplo. Portanto, tal qual o princípio da disponibilidade regrada da ação penal pública, o princípio da não-obrigatoriedade é quase um princípio expresso, pois também inere aos objetivos conciliatórios dos JECs e de evitação do processo penal mediante aplicação de medida civil alternativa.

Já foi observado, por conta dos arts. 24 e 28 do CPP, que, no processo criminal iniciado por ação penal pública, a norma geral é a da legalidade ou obrigatoriedade da respectiva ação, sempre que presentes todos os seus requisitos.

Em 1992, antes da criação dos JECs, conquanto já idealizados pela CF/1988, art. 98, inc. I, Júlio Mirabete⁵⁴⁶, tal qual Hélio Tornaghi⁵⁴⁷, assim se reportava em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública:

O órgão do Ministério Público, na ação penal pública, está submetido ao *princípio da obrigatoriedade* (ou legalidade ou necessidade) da ação penal (item 1.5.8.) Não fica ao seu arbítrio ou discricionariedade mover ou não a ação penal. Existindo elementos que indiquem a ocorrência de um fato típico e antijurídico, é ele obrigado a promover a ação penal. É o que deflui do artigo 24 do CPP, ao dispor que a ação penal “será promovida” por denúncia do Ministério Público.

Antes da Lei 9.099/1995, a doutrina pátria, adotando uma posição formalista, acrítica e inflexível, praticamente não cogitava a possibilidade de o promotor de justiça poder deliberar quanto à conveniência e à oportunidade da ação penal. Nesse sentido, além de Mirabete e Tornaghi acima citados, Afrânio Jardim⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ No HC 83598-RS, publicado no DJ em 14/11/2003, p. 24, o STF trancou ação penal que havia sido proposta em desfavor de “banqueiro do jogo do bicho” por não ter ele comprovado, segundo exigia o Ministério Público na proposta de transação penal, a procedência lícita da importância que foi apreendida em seu poder. A ação penal foi trancada sob o fundamento de que a exigência não era condição legal para a proposta de transação penal, sendo esta um direito do suposto autor do fato.

⁵⁴⁵ No HC 36557-RS, publicado em DJ 02/05/2005, p. 419, o STJ de o STJ decidiu que “Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal [...] defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário”.

⁵⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 110.

⁵⁴⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 3. ed. v. .I. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁵⁴⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998.

Entretanto, a posição da maioria dos doutrinadores não influenciou Marques⁵⁴⁹ que, mesmo admitindo o princípio da ação penal obrigatória, ainda assim por dedução do material legislativo (arts. 6.º, 28, 42 e 576 do CPP), dada a inexistência de texto expresso, concluiu pela respectiva flexibilização:

Além do mais, uma certa mitigação ao princípio da obrigatoriedade se contém no artigo 28 do Código de Processo Penal, como bem demonstrou Euclides Custódio da Silveira. Fala o texto citado em “razões invocadas” para pedir o arquivamento pelo órgão do Ministério Público - razões que o juiz examinará se são procedentes ou improcedentes. Não esclarecendo a regra legal quais essas razões, nada impede que o Promotor Público invoque motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do “parquet”.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é absoluto,⁵⁵⁰ mesmo fora dos casos de competência dos juizados, porque, além de nenhum princípio ser absoluto, a natureza reticular do Direito é inegável, não podendo um princípio inferido de lei infraconstitucional (arts. 24 e 28 do CPP) contrariar princípio de magnitude constitucional como o da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/1988).

O promotor, ao oferecer a ação penal pública, estará realizando um ato próprio da Administração Pública, sujeito, portanto, ao princípio da eficiência. Não há eficiência na propositura de ação penal que tenha como prognóstico inexorável a declaração de prescrição da pretensão punitiva estatal. Por isso, esse trabalho, no mesmo diapasão do Enunciado Nacional n.º 75 dos Encontros de Juízes dos JECs⁵⁵¹ e do Enunciado n.º 23 dos JECs fluminenses,⁵⁵² admite a tese de prescrição virtual, estendendo-a a todos os processos penais.

Inexiste eficiência em se mover uma ação penal, *v.g.*, por crime de lesão corporal leve, cuja pena máxima é de um ano de detenção (art. 129, *caput*, do CP), com prescrição da pretensão punitiva estatal prevista *in abstracto* para quatro anos

⁵⁴⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 312.

⁵⁵⁰ Alexy, reportando-se à plausibilidade da “idéia de que quem decide tem de se ajustar aos ‘valores da coletividade ou de círculos determinados’, *i.e.*, de que quem produz e aplica o Direito deverá considerar seu elemento valor integrante de sua tridimensionalidade, afirma, em consonância com o texto do trabalho em lume, que “nenhum princípio é realizado ilimitadamente”. Muitas vezes, nem sequer fica claro quais valorações estão contidas em uma norma e isso significa que se deve decidir novamente sobre o peso que se deve atribuir aos diferentes pontos de vista valorativos que cabe encontrar”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005. pp.41-43.

⁵⁵¹ Enunciado n.º 75. É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto (Aprovado no XVII Encontro – Curitiba/PR).

⁵⁵² Enunciado 23. Com base na prescrição da pena ideal são cabíveis a rejeição da denúncia ou o arquivamento do termo circunstanciado e o do inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Ministério Público - (II Encontro dos Juízes dos JECs do Estado do Rio de Janeiro – II EJJJE).

(art. 109, inc. V, do CP), quando, mesmo já passados dois anos e um dia entre a data do fato e a da propositura da ação penal, o TCO ou o inquérito noticiam que o suposto autor do fato é primário, possui bons antecedentes, confessou espontaneamente o crime, estando, ainda, a vítima, embora tenha representado criminalmente pela *persecutio criminis*, em local incerto e não sabido, pois a pena em perspectiva será, obrigatória e inexoravelmente, inferior a um ano, tendo como prescrição virtual o prazo de apenas dois anos (art. 109, inc. VI, do CP).

No mesmo caso, se o suposto autor do fato contasse com menos de vinte e um anos à época da infração ou mais de setenta anos no momento da sentença, o prazo prescricional em lume seria reduzido da metade, ou seja, cairia para um ano (art. 115 do CP). Nesses casos, para que se mover a ação penal por crimes como lesão corporal leve ou culposa, se entre a data do fato e a do recebimento da ação penal houver interregno superior a um ano, sabendo-se que a prescrição será certa?! Ao se aplicar o direito positivo, estar-se-á fazendo Direito em seu sentido duplamente tridimensional, sendo de se indagar antes, no escólio de Reale⁵⁵³, por que e para quê.

Greco, acolitado no art. 43, inc. III, do CPP, afirma que havendo prescrição em perspectiva, a ação penal deverá ser rejeitada pelo juiz por inexistência de “interesse-utilidade de agir”.⁵⁵⁴ Observando-se, aqui, o utilitarismo garantista aplicado em favor do suposto autor do fato com a minimização do sofrimento deste.

Não há eficiência nem razoabilidade na propositura de ação penal dispendiosa ao Estado – impõe dizer aos contribuintes – e que culminará, inarredavelmente, com o reconhecimento da prescrição retroativa, desde o presente, prognosticada.

Forçar a mobilização da máquina judiciária em casos fadados ao fracasso é empecer o progresso social, gastando os já escassos recursos do Estado, o que além de não razoável, mostra-se, do ponto de vista da justiça material, injusto ao contribuinte, aos envolvidos no caso penal e à sociedade em geral, sem deixar ao largo o fato de que um processo penal que não apenas se destina, *ab origine*, ao arquivamento, mas que com ele levará outros, contribui sobremodo para o clima geral de impunidade (que age como fator criminógeno), de insatisfação com o

⁵⁵³ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁵⁴ “Qual a utilidade em se propor a ação penal se, de antemão, tem o Ministério Público pleno conhecimento de que se o agente vier a ser condenado pelo crime de lesão corporal, sua pena será inferior a um ano e, com isso, fará com que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado? Entendemos que, no caso em tela, faltará o interesse-utilidade da medida, não podendo, pois, o Ministério Público sequer dar início à ação penal, em virtude da ausência de uma das condições necessárias ao seu regular exercício”. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 741.

Judiciário e de insegurança jurídica, observando-se que o *status quo* ainda vem laborando contra a tridimensionalidade finalística do Direito, por essa razão a não-obrigatoriedade da ação penal pública deve ser regida pelo princípio constitucional da eficiência do serviço público.

Além da relação sistêmica entre os princípios da obrigatoriedade da ação penal pública e o da eficiência da Administração Pública, não se pode olvidar que este, por ser constitucional, goza de supremacia sobre aquele, que, por essa razão, deve-lhe respeito e submissão, pois segundo preleção de Balaguer Callejón,⁵⁵⁵ os princípios constitucionais são normas fundamentais para a realização de valores superiores do ordenamento jurídico, o qual é, além de reticular, hierarquizado conforme a natureza e a fonte da norma.

Por essa razão, Gazoto, defendendo tese de análise da conveniência da ação penal pública pelo *Parquet*, em nome do bem público, apresenta como fundamentos coerentes e razoáveis, entre outros, os seguintes:

A ação penal pública é instrumento destinado à obtenção de um interesse público específico: a persecução penal de condutas criminais seriamente indesejáveis.

1. O interesse de persecução penal não é o fim maior do Estado e, por isso, sempre que colidir com outros interesses sempre de maior relevância, deve ser a eles submetido.
2. Sendo mero instrumento e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir os efeitos desejados.
3. A atividade ministerial de persecução penal deve ser considerada, em sentido amplo, como objeto global e não particularizado em caso isolado.
4. Por isso, o Ministério Público, como instituição política promotora de persecução penal, deve organizar-se para gerir as suas forças e, assim, atingir o interesse público de sua alçada.
5. Em sendo a atividade de persecução penal eminentemente administrativa, fatos concretos, como o excesso de demanda da atividade judiciária, devem ser considerados na avaliação do interesse e da utilidade da promoção da ação penal pública.⁵⁵⁶

Gazoto, para chegar ao sopeso dos princípios em concorrência quanto à questão da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pelo princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, parte das idéias de unidade reticular do Direito e do abandono da prática tradicional de inflexibilidade do

⁵⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del derecho*. v. II. Madri: Tecnos, 1992.

⁵⁵⁶ GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no ministério público*. Barueri: Manole, 2003. p. 94.

formalismo jurídico, pois este é instrumento, e não o fim da prestação jurisdicional e do próprio Direito material.

Destarte, propõe-se, em atenção ao garantismo utilitarista da promoção da máxima felicidade possível à maioria não desviante com o mínimo sofrimento necessário à minoria desviante, que ações penais temerárias, sem previsão de sucesso, quer pela prescrição virtual, quer pela insuficiência de provas e falta de perspectiva de outras provas que venham tonificar a tese increpatória, não sejam promovidas pelo *Parquet*, em nome simplesmente dos princípios *in dubio pro societate* e da obrigatoriedade (incondicionada) da ação penal pública, ainda mais quando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – de maior hierarquia que os dois anteriores – é ofendido com a submissão incongruente do réu ao constrangimento e sofrimento de uma ação penal já natimorta por força da aplicação de norma processual prescribente de intervenção estatal desnecessária e obtusamente obrigatória, causativa de aflição ao acusado e iníqua à sociedade.

4 PROPOSTAS (RE)CONSTRUTIVAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Este capítulo é dividido em três partes. A primeira parte trata de propugnações de aplicação imediata, sendo denominadas *de lege lata*; a segunda, de propostas sucessivas, *incontinenti, de lege lata, depois de lege ferenda*,⁵⁵⁷ a terceira, de propostas, para momento porvindouro, apenas *de lege ferenda*, todas no escopo de (re)construir os JECs à luz do texto constitucional⁵⁵⁸, buscando a promoção garantista da maximização das liberdades com a minimização do poder intervencionista estatal de forma justa, responsável e equilibrada, sob a orientação de que o Direito Penal deve ser minimizado, mas nunca abolido, propostas que se encontram em harmonia com a tridimensionalidade teleológica do Direito.

4.1 Propostas *de lege lata*

As propugnações que se seguem são de aplicabilidade imediata, por isso são denominadas *de lege lata*. A princípio, não necessitam de alteração legislativa para serem concretizadas, podendo ser implementadas com o ordenamento jurídico vigente tal qual se encontra.

⁵⁵⁷ Quanto à necessidade de o direito ser positivado, Barroso preleciona que “Não existe compromisso com o outro sem a lei”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 317.

⁵⁵⁸ Barroso, ao estabelecer a distinção entre “interpretação da Constituição” e “construção”, mestreia que a “Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, ensina Cooley [*A treatise on the constitutional limitations*, 1890, p. 70], é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à interpretação do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 103-104.

4.1.1 Informações pela *internet* e certidões de acordo com a lei

Identificou-se com a pesquisa procedida que qualquer pessoa que tenha acesso à *internet*⁵⁵⁹ pode consultar, além das ações penais, todos os TCOs em curso e até os já arquivados que tenham tramitado nos JECs de Belém, constatando lá os nomes completos dos supostos autores do fato e as respectivas infrações, a eles, indigitadas apenas em fase de procedimento preliminar, propiciando constrangimento ilegal (art. 76, § 6.º, da Lei 9.099/1995),⁵⁶⁰ estigma social, prejuízos pessoais e familiares, além de ser inconstitucional por flagrante ofensa ao princípio da dignidade humana, em detrimento da proteção à intimidade e da honra de pessoas que, na maioria dos casos, nem sequer foram indiciadas, sendo meros suspeitos da prática de infração penal de menor potencial ofensivo.⁵⁶¹

A Presidência do TJE-PA deve determinar, ao setor responsável pelo sistema de banco de dados, que sejam omitidos, nas consultas via *internet*, o nome do suposto autor do fato, enquanto não houver ação penal proposta, fornecendo informação somente acerca de suas letras iniciais tal qual ocorre na situação dos adolescentes infratores, sem nenhum outro dado identificador, como números de documentos pessoais, filiação, endereço, que deverão permanecer restritos ao banco de dados do Fórum sem acesso aos internautas.

Propõe-se, ainda, neste item, que seja orientado pela Corregedoria de Justiça, aos juízes dos JECs, visando à padronização, que nos termos de transação “penal”, façam constar, no ato da homologação, expressamente, que referida conciliação não produz efeitos civis além das obrigações nele assumidas (art. 76, § 6.º), especialmente o de confissão ou de assunção de alguma responsabilidade pelo fato registrado no TCO ou na peça informativa equivalente, não podendo a transação servir de prova da autoria de nenhum ato ilícito na esfera cível, exarando-se, no mesmo termo, que a transação e a medida civil correlata não deverão constar de certidão, salvo para fins de evitar uma segunda transação no interstício de um lustro.

⁵⁵⁹ O módulo, até a data da pesquisa (30/8/2007), podia ser acessado pelo endereço eletrônico <http://www.tj.pa.gov.br/>, seção “consultas rápidas”, item “processos de 1.º grau”, preenchendo-se o nome do suposto autor do fato ou da vítima.

⁵⁶⁰ Art. 76, § 6.º A imposição da sanção de que trata o § 4.º 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.

⁵⁶¹ Sobre o assunto, ver o item 3.12 “Transação “penal” como antecedentes criminais”, no qual se ponderam alguns princípios constitucionais.

Convém frisar que a consignação do esclarecimento proposto no termo de conciliação não afeta o princípio da informalidade nos JECs, até porque este deverá ser dosado com um mínimo de formalidade, nem prejudica a celeridade e a economia processual, pois, sendo medida clausular padronizada, sua redação pré-formulada servirá, igualmente, para quase todos os casos da alçada dos JECs, ficando armazenada no computador para inserção nos termos judiciais mediante um simples comando de teclas, dando-se apenas ciência de seus termos aos interessados, o que, aliás, até contribui para a consecução da transação, elidindo dúvidas e receios, máxime do suposto autor do fato.

4.1.2 Esclarecimento à suposta vítima acerca do artigo 339 do CP

O delegado de polícia, na fase de confecção do TCO; e o juiz togado, logo ao abrir a audiência preliminar, deverão esclarecer as conseqüências do crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP)⁵⁶² à vítima, tendo o máximo cuidado para não a intimidar, o que frustraria a finalidade da promoção de justiça material, alimentando um quadro de insegurança não apenas individual, em relação ao ofendido, como social, caso se propalasse na comunidade algum temor de que as vítimas poderiam se convolar em “réus”.

Essa medida, que independe de prescrição legal e de determinação superior, pode ser procedida *ex officio* pelos agentes públicos envolvidos, mas se propõe, visando à padronização, que seja recomendada pelas respectivas corregedorias, além de dever ser uma cobrança constante do promotor elado ao juizado.

Esse procedimento de caráter precipuamente instrutivo dirigido à consciência do suposto ofendido sobre a seriedade da notícia que reporta não é determinado pela Lei 9.099/1995 nem se observa na práxis dos JECs, mas deve, *de lege lata*, ser adotado como procedimento nas delegacias de polícia e no *usus forensis* dos juizados, sempre com a cautela de se proceder com a prudência necessária para não intimidar a suposta vítima, o que redundaria na frustração ou no empecimento

⁵⁶² “Artigo 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. [...] § 2.º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.”

do exercício de seu direito a levar o conflito penal ao conhecimento do Judiciário, assim como sua busca por justiça, quer com a reparação de seus danos, quer com outra providência estatal (transação “penal” ou processo penal), informando-se, à vítima, que a falta de prova contra o suposto autor do fato e até a absolvição, se for o caso, não acarretarão a responsabilidade penal dela, a menos que se comprove ter sido falsa a delação.

4.1.3 Capacitação de juízes e promotores de justiça

Jacinto Coutinho, mesmo tendo escrito um manifesto contra os JECs, repudiando a regulamentação desses órgãos da forma como foram pela Lei 9.099/1995, reconhece que os JECs, nas mãos de pessoas capacitadas, não apenas de juízes, mas de servidores em geral, obtêm resultados honrosos com uma base material satisfatória, *v.g.*, os JECs de “Curitiba”, “da Comarca de São José dos Pinhais e tantos outros”.⁵⁶³

Os juízes e os conciliadores devem estar preparados para o múnus da mediação, suscetíveis a ouvir, respeitosamente, um e outro lado e a procurar solucionar, prioritariamente, o conflito penal, tratando o sentimento nutrido pelos conflitantes em prol da justiça restaurativa, em vez de simplesmente encerrar o caso penal por meio da conciliação (em sentido lato), cumprindo eficazmente com sua função mediadora, tendo por preocupação precípua mais o resultado qualitativo da distribuição da justiça do que os aspectos estatísticos e quantitativos.

Deverão, também, juízes e promotores de justiça, atuar com maior eficiência (procedimental) e eficácia (resultado) nos JECs, priorizando os objetivos expressos pela Lei dos Juizados (reparação de danos e a não-aplicação de pena privativa de liberdade) sem desrespeitar os direitos fundamentais dos envolvidos.

⁵⁶³ Importa anotar que Coutinho reconhece esses JECs como uma “exceção honrosa” à maioria deles, mas, ainda assim, vê a luz dos JECs brilhando nas mãos de pessoas preparadas: “O indicativo maior da qualidade – há de ser reconhecer – diz com o conhecimento das pessoas que integram os órgãos, iniciando pelos magistrados, mas não parando neles; isso, por sinal, é um sintoma de como a Justiça Penal, poderia ser distinta se houvesse uma adequada preparação dos integrantes dos seus órgãos, a começar pelos juízes [...]”. Cf. COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. “Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional”. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 350-351.

Na capacitação à mediação, os juízes, que estão habituados a métodos inquisitivos e impositivos, deverão ser preparados a ouvir os conflitantes, permitindo-lhes até o desabafo respeitoso, a exposição de suas angústias e dores morais, respeitando o direito de a vítima e o suposto autor do fato, um por vez, poder falar.

A dificuldade imposta à verbalização dos fatos e de suas dores aos agentes públicos, desde a fase policial até a judicial, bem como da comunicação entre os conflitantes nos JECs em Belém, é uma lamentação quase constante tanto dos supostos autores do fato quanto das vítimas.

Quanto à mediação e ao tratamento do sentimento das partes por profissionais capacitados, convém trazer à baila a ponderação doutrinária de Coutinho quando ressalta a importância de alguns sentimentos, afirmando que “o melhor humor, a gentileza, etc.” daqueles que lá labutam (não apenas dos juízes), fazem do JEC de Curitiba, “um exemplo claro de como uma lei equivocada e desastrosa pode, em boas mãos, tornar-se um belo instrumento de realização da Justiça”.⁵⁶⁴

É comum constatar que vítima e suposto autor do fato chegam, em audiência preliminar, afirmando que o delegado não lhes permitiu contar toda a versão dos fatos, porque, segundo esse policial, o momento para falarem seria o da audiência preliminar. Entretanto, nesta, não raro, os juízes tolhem o direito de eles se pronunciarem, sob a explicação de que na fase conciliatória, o que vierem a falar não terá valor probatório, pois a fase se destina exclusivamente à conciliação, e não à instrução. Essa é a explicação judicial para calar os conflitantes, submetendo-os à(s) proposta(s) conciliatória(s) de forma autômata, sem mediação.

No procedimento de capacitação dos juízes e promotores para atuação nos JECs, deve-se laborar com a conscientização de que seus papéis não podem ser invertidos nem, volta e meia, substituídos, consoante já se verificou nos JECs de Belém e de Ananindeua, em que o juiz quando falta às audiências ou chega atrasado, solicita ao promotor para ir intermediando a composição de danos e a transação “penal”, consignando em ata até a homologação judicial respectiva, para chancela ulterior, assim como há casos em que o juiz, atendendo a pedido do promotor, cobre a ausência deste, procedendo às propostas de transação, para que o promotor as assine em outra data como se houvessem sido de sua autoria, não

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 351.

sendo esse abominável quadro distinto de outros JECs do País, conforme indigita Azevedo⁵⁶⁵ em relação a alguns JECs do Sul.

Nuper-citada capacitação poderá ser muito bem administrada pelo TJE-PA, por meio da Escola Superior da Magistratura, contando com o disposto no art. 93, inc. II, alínea “c”, *in fine*, da CF/1988, ao dispor, como critério de apreciação do merecimento, que deverão ser considerados, nos certames tangentes às remoções e promoções dos magistrados, o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos, sendo justo que os juízes com cursos e treinamentos do jaez aqui proposto sejam mais bem pontuados para fins de remoção ou promoção a algum JEC, considerando-se o resultado social positivo dessa disputa não apenas pessoal.

Quanto à capacitação do promotor para seu melhor desempenho nos JECs, igual medida poderá ser adotada pelo *Parquet* com estribo no art. 2.º, da Resolução n.º 2, de 21/11/2005, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Embora a Escola Superior do Ministério Público do Estado do Pará tenha sido desinstalada, encontra-se em atividade outro Órgão auxiliar ministerial (art. 8.º da Lei 8.625/1993), o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf), responsável pela capacitação de membros e servidores da Instituição, que poderá, muito bem, contribuir para essa finalidade.

4.1.4 Tentativa obrigatória de composição de danos nas ações penais publicas incondicionadas

Observa-se, na prática forense, quanto aos crimes de ação penal pública incondicionada, em que o ofendido devidamente individualizado, mesmo tendo sofrido danos materiais e/ou morais (*v.g.*, o crime de constrangimento ilegal), juizes e promotores, quase sempre, passam à transação “penal” automaticamente sem sequer questionar a possibilidade de reparação de danos à vítima, por saberem que esta conciliação não extinguirá a punibilidade, estando mais preocupados em encerrar o caso penal com a transação extintiva da punibilidade do que em

⁵⁶⁵AZEVEDO. Rodrigo Ghringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialógica: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 74.

solucionar o conflito penal tratando dos sentimentos e interesses concernentes, bem como de um dos objetivos expressos dos JECs que é a efetiva reparação do dano, instituto este que não ficou lindado às infrações de ação penal privada ou pública condicionada à representação do ofendido.

Decerto, não se nega a possibilidade de, na transação, ser proposta a medida civil de prestação pecuniária, que, por força do § 1.º do art. 45 do CP, preferencialmente, deverá ser destinada à vítima ou, na sua falta, a seus dependentes. Contudo, essa destinação não fará coisa julgada no cível, permitindo que o conflito se estenda até lá, pois o mesmo dispositivo em tela prescreve que o valor pago será abatido na *actio civilis ex delicto*, daí porque melhor seria que antes da transação, fosse possibilitada a composição de danos, encerrando o conflito em qualquer esfera.

Considerando que direito é fato, valor e norma; o ideal (valor), à luz do art. 62 da Lei 9.099/1995, portanto também legal (norma) e justo, seria dar oportunidade, de fato, em qualquer caso, desde que haja dano à vítima, sem se cogitar da natureza da ação penal, primeiramente, à composição de danos precedida da mediação, para somente depois se passar à fase da transação, pois mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, embora a composição de danos não tenha poder de extinguir a punibilidade, ela não deixa de ser um dos objetivos dos JECs, dessarte, seu tentâmen deve ser sempre procedido pelo juiz, assim como fiscalizado pelo promotor, na função de *custos legis*.

4.1.5 Capacitação e responsabilização dos policiais que laboram com a confecção de TCOs

A capacitação, mais do que a edificação pessoal do servidor envolvido, destina-se à finalidade social de seu trabalho, pois, quanto mais bem preparado estiver o servidor, mais eficiente será o seu trabalho.

A capacitação dos policiais contribui para a proficiência da segurança jurídica, do progresso social e da consecução da justiça material. Assim, não apenas deverão estar capacitados para a elaboração dos TCOs os delegados de polícia civil, como os escrivães que, muita vez, fazem o trabalho do delegado e os

policiais militares que, nalguns rincões pelo País afora⁵⁶⁶, na falta de delegados, fazem as respectivas vezes elaborando os TCOs.

Desditosamente, consoante delatado em capítulo precedente, constata-se que o descaso com as infrações de menor potencial ofensivo e o despreparo de algumas autoridades policiais levam a que alguns TCOs sejam confeccionados em duas ou três linhas,⁵⁶⁷ não sendo raro encontrar o histórico do fato em apenas uma linha órfã, contendo dizeres semelhantes a: “o autor do fato desacatou o policial militar acima identificado” ou “o autor do fato ameaçou a vítima por motivo fútil”, mesmo sendo cogente que os TCOs devem ser circunstanciados, *i.e.*, obrigatoriamente, detalhados.

Não é raro constatar alguns históricos de TCOs escritos com linhas em duplicidade, *i.e.*, o histórico possui de fato poucas linhas, mas a autoridade policial reproduz os dizeres dessas mesmas linhas, utilizando o recurso computacional da “colagem”, causando a impressão visual de que “minudenciou” os fatos, quando, na verdade, não passa de um estratagema para camuflar a própria desídia.

Quanto à Polícia Civil, a respectiva Corregedoria deveria determinar aos delegados de polícia que redigissem o histórico dos TCOs com, no mínimo, trinta linhas sem o recurso artificioso e reprochável da “colagem multiplicativa”.

Decerto, quantidade não pressupõe qualidade, mas, ao menos, minimiza o desleixo profissional, impondo à autoridade policial que perquiria mais dados para relatar o fato penal e todas as suas circunstâncias. Destarte, essa medida evitaria o excessivo laconismo detectado em mais de noventa por cento dos TCOs, impondo aos delegados de polícia que cumprissem seu mister com exatidão.

Cumpra também propor, em relação à autoridade policial, que o promotor atue como *custos legis*, comunicando as faltas disciplinares à Corregedoria de Polícia, para fins de responsabilização administrativa, perquirindo-se, ainda, as

⁵⁶⁶ Laborando-se como Promotor de Justiça na Comarca de São Sebastião da Boa-Vista-PA, pôde-se constatar, um sargento da Polícia Militar labutando na Delegacia de Polícia Civil dessa comarca, como “delegado de polícia”, pela falta de nomeação de um delegado de carreira. Em Muaná-PA, por oito anos, um escrivão de polícia fez as vezes de delegado pela insuficiência deste no quadro da Polícia Civil do Estado. Observa-se a parelha desses casos na região Sul do País, tendo Rodrigo G. de Azevedo, lá, identificado o seguinte: “Têm sido bem-sucedidas as iniciativas visando dar às polícias militares a possibilidade de elaboração dos termos circunstanciados, já que o monopólio de sua elaboração nas mãos da Polícia Civil dificulta o rápido encaminhamento dos termos e contribui para a burocratização da nova sistemática processual”. Cf. *in* “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. *In* WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 74.

⁵⁶⁷ Ver anexo.

responsabilidades criminal e civil, quer por delito de prevaricação (art. 319 do CP), se for o caso, quer por ato de improbidade administrativa (art. 11, inc. II, e art. 12, inc. III, da Lei 8.429/1992), por inobservância, do dever de praticar ato de ofício, determinado no art. 69, *caput*, da Lei 9.099/1995 (circunstanciar – minudenciar –, em termo, a ocorrência do fato).

4.1.6 Exigência da presença dos atores essenciais à audiência preliminar

As presenças do juiz (ou do conciliador), do promotor e dos advogados dos envolvidos são injunções e condições legais *sine quibus non* para a realização da audiência preliminar, segundo o art. 72 da Lei 9.099/1995.

Portanto, esta proposta é pelo simples cumprimento da Lei dos JECs tal qual está, não sendo, porém, graciosa, por levar em consideração que, não raramente,⁵⁶⁸ referida audiência é realizada sem a presença de advogado (ou defensor público) de um ou de outro envolvido, bem como que, às vezes, o promotor faz o papel do juiz ausente e vice-versa, mediante pacto informal celebrado entre ambos para que o ausente possa assinar o termo de audiência depois, constando, contudo, registro oficial, como se presentes estivessem todos à audiência preliminar, mesmo conscientes do tipo penal de falsidade ideológica majorada (art. 299, parágrafo único, do CP).

4.1.7 Priorização da proposta de prestação pecuniária

A prestação pecuniária é prevista e regulamentada, respectivamente, no art. 43, inc. I e nos §§ 1.º e 2.º, do art. 45, do CP.⁵⁶⁹ Insta observar que, embora não

⁵⁶⁸ A ausência do juiz, suprida pelo promotor de justiça que não apenas encerra o caso penal atuando como “mediador”, homologando a própria proposta para o juiz posteriormente assinar, é um problema constatado em alguns juizados de Belém, assim como em municípios do Sul do País. Cf. *in* AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. *In* WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 74.

⁵⁶⁹ Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. § 1.º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada

sendo exclusivista, ela prioriza a reparação do dano à vítima, ou seja, ao ser aplicada a título de transação “penal”, ela poderá satisfazer a reparação de danos extinguindo a punibilidade de crimes de ação penal incondicionada em relação aos quais o instituto da composição de danos não produz referido efeito, atendendo, por conseguinte, a um só tempo, aos dois objetivos da Lei dos JECs dentro de uma orientação utilitária garantista: a reparação dos danos sofridos pela vítima (maximização da felicidade dos não-desviantes) e a evitação de aplicação de pena privativa de liberdade (minimização do sofrimento necessário à minoria desviada).

Os objetivos legais dos JECs (reparação dos danos sofridos pela vítima e evitação de pena não privativa de liberdade) deverão ser atendidos o máximo possível. Pois bem, atender aos objetivos legais dos JECs o máximo possível consiste (quando ultrapassada a fase da composição de danos inviabilizada por qualquer motivo, e chegando-se ao estágio da proposta de transação “penal”) em se priorizar a medida civil alternativa de prestação pecuniária, conjugando-se os dois objetivos dos JECs em uma única proposta conciliatória (medida civil),⁵⁷⁰ convertendo-se o objeto dessa medida, prioritariamente, em favor da vítima, consoante escolia Bitencourt⁵⁷¹ com esteio nos dois dispositivos legais susoditos.

Destarte, o Ministério Público deverá priorizar, como proposta de transação “penal”, a medida civil de prestação pecuniária convertida em favor da vítima ou, na falta desta, de seus dependentes.

4.1.8 Propostas alternativas de transação

Propõe-se que o promotor, considerando as idiosincrasias do caso e as condições pessoais do suposto autor do fato, não limite a proposta de transação a apenas uma, conquanto deva dar prioridade à medida civil alternativa de prestação

pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2.º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

⁵⁷⁰ Ver artigo 62 da Lei n.º 9.099/1990.

⁵⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n.º 9.714/98*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

pecuniária, máxime se a vontade externada pelo autor do fato ou por seu advogado for a de aderir a uma outra proposta igualmente razoável, estando também o promotor aberto a ouvir contrapropostas e o juiz à respectiva mediação.⁵⁷²

É certo que a transação “penal” com proposta de prestação pecuniária deverá ser priorizada pelo Ministério Público, justamente porque atende aos dois objetivos da Lei 9.099/1995, considerando que o valor transacionado a título de prestação pecuniária deverá ser, prioritariamente, destinado à vítima e, na falta dela, a seus dependentes, consoante soclo no art. 45, § 1.º, do CP.

Contudo, sobredita prioridade não impõe exclusividade, pois poderá não ser possível, em face da situação econômica desfavorável do suposto autor do fato – como estar desempregado ou ter uma família numerosa –, impossibilitando-o de obrigações pecuniárias, embora possa prestar serviços à comunidade, caso em que esta proposta se apresentará mais consentânea, propugnando-se que o promotor de justiça, nestes casos, ofereça mais de uma proposta de transação “penal”, entre as possíveis (art. 43 do CP), indicando e esclarecendo ao suposto autor do fato a conveniência de optar pela medida civil de prestação pecuniária, por elidir as responsabilidades não apenas penal como também a civil, porém, deixando, ao talante do suposto autor do fato, a escolha da que lhe for mais conveniente, dentro da razoabilidade.

As propostas de transação ofertadas pelo *Parquet*, mesmo a que for rejeitada, deverão constar do termo de homologação ou de recusa pelo suposto autor do fato para, no caso de recurso ou *habeas corpus*, ficar demonstrado que não houve abuso nem intransigência quanto à sua propositura, tendo-se procurado facilitar ao máximo a escolha do interessado.

⁵⁷² Em termos práticos, deve-se proceder assim: o promotor fará duas propostas ao suposto autor do fato, esclarecendo-lhe que a prioridade é pela medida de prestação pecuniária, por ser convertida, sempre que possível, em favor da vítima ou de seus dependentes, mas que se ele não tiver condições econômicas, poderá, por exemplo, prestar serviços à comunidade. Na mesma ocasião, deverá ser esclarecido ao suposto autor do fato que a prestação pecuniária poderá satisfazer o anseio indenizatório da vítima ou, pelo menos, ser abatida em porvindoura indenização civil a título de reparação de danos, o que lhe traria duplo benefício: na esfera penal, extinguindo-lhe a punibilidade; na civil, evitando ou minorando essa responsabilidade.

4.1.9 Audiência preliminar como procedimento judicial pré-processual

A título de se evitar o sentido e também o sentimento de um processo penal preliminar, considerando-se que as palavras têm significados⁵⁷³, propõe-se que a fase regulada pela Seção II, da Lei 9.099/1997, nos arts. 69 *usque* 76, denominada “audiência preliminar”, seja admitida, reconhecida e tratada como procedimento judicial pré-processual, ou seja, como procedimento judicial (e não processo) anterior ao processo penal, sem a natureza processual penal antevista por alguns doutrinadores, assim também a medida civil alternativa ao processo penal decorrente da homologação da transação, como uma assunção de obrigação civil convenientemente acordada e anuída pelo suposto autor do fato no intuito de evitar um processo penal em seu desfavor, no qual, poderia, se este fosse seu desejo, amplamente se defender.

Esse esclarecimento deve ser sempre prestado aos envolvidos no ato da audiência preliminar.

4.1.10 Complementação do TCO com informações prestadas pelos envolvidos na audiência preliminar

Constatado o laconismo do TCO em apreciação, o que se verifica na maioria deles, pois quase sempre não circunstanciam devidamente o fato, tendo-se a pretensão de minudenciar o relato da infração penal, suas circunstâncias e todas as provas existentes na peça ou mencionadas, propõe-se que o juiz togado que atuar na fase preliminar, sempre que não houver extinção da punibilidade e havendo necessidade de propositura de ação penal, atendendo a requerimento do promotor, proceda ao registro de todas as aduções efetuadas pelas partes em complementação às informações do TCO, consideradas relevantes ao esclarecimento da verdade.

⁵⁷³ SEARLE, John. *O Mistério da consciência*. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 38.

Essa proposta não é contraditória com a do tópico anterior, pois os registros fáticos serão aditados apenas se não houver extinção da punibilidade e a bem da produção da verdade, sem efeito penológico, estando os envolvidos devidamente assistidos de advogados – o que é cogente. Deve ser considerado que não havendo extinção da punibilidade, a fase seguinte será a do oferecimento da ação penal.

Caso, na audiência preliminar, tenha funcionado como mediador um conciliador ou juiz leigo, na situação em lume, havendo o requesto ministerial, o juiz togado deverá ser provocado, fazendo-se imediatamente presente para a redução a termo das aduções feitas pelos envolvidos, devidamente assistidos de seus advogados, fato este que torna o procedimento mais garantista do que o TCO confeccionado na Delegacia, normalmente sem a assistência advocatícia.

4.1.11 Audiência preliminar diferida para um trintídio do fato

Os arts. 69 e 70 da Lei 9.099/1995 determinam que a autoridade policial encaminhe os envolvidos imediatamente ao JEC para fins de audiência preliminar, e não sendo possível sua realização *incontinenti*, já no JEC ficarão cientes da data dessa audiência para os fins conciliatórios concernentes.

A imediatidade é tão patente que a Lei sobredita determina que caso o suposto autor do fato se comprometa a se apresentar no JEC nem sequer o flagrante, no qual, de fato, ele venha a se encontrar, será lavrado.

Entrementes, se a imediatidade da audiência preliminar atende ao princípio da celeridade processual, de outra maneira, conforme o caso, poderá ser perniciosa aos objetivos dos JECs, sobreposse ao da composição dos danos civis, nos conflitos penais em que os ânimos dos envolvidos, pelo crepitar da ocorrência penal, ainda está muito alterado, tendo a razão se entenebrecido pelo domínio de sentimentos negativos tais como o de vendeta, emulação, ódio, etc., facilmente, constatáveis em crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de ação penal privada, mas também verificáveis em outros casos de ação penal pública incondicionada como, *v.g.*, nos crimes de constrangimento ilegal, violação de domicílio, etc.

Se um dos objetivos precípuos dos juizados é o da conciliação dos envolvidos no conflito penal, que tem por fito a composição de danos pelo suposto autor do fato em favor da vítima, não se mostra plausível proceder-se à audiência preliminar imediatamente após a ocorrência da infração, pois a intransponibilidade do forte sentimento de adversidade e animosidade entre os conflitantes empecerá a mediação e a conseqüente (re)conciliação entre eles, quiçá até a transação “penal”, pelo fato de o suposto autor do fato ainda se encontrar exaltado e não ter se conscientizado do caso penal em que se encontra envolto; estando, a vítima, animada, por um forte sentimento de vingança, frustrando qualquer proposta conciliatória.

A audiência preliminar deve ser imediata, em respeito ao princípio da celeridade, *v.g.*, em relação aos delitos vagos,⁵⁷⁴ como os crimes ambientais, nos quais não flamejam sentimentos de ódio e animosidade entre os envolvidos, até porque neles as vítimas, de regra, obnubilam-se na coletividade, diferentemente dos casos penais em que se identifica a “subjetividade passiva simples”, que, nas palavras de Gomes, constata-se nos crimes “cuja prática via de regra atinge uma única vítima ou um conjunto perfeitamente determinável delas”.⁵⁷⁵

A imediatidade da audiência preliminar seria eficaz, ainda, nos casos envolvendo crimes contra a Administração Pública, em muitos outros de ação penal pública incondicionada, incluindo aqui quase todas as contravenções penais, exceto aquelas em que o conflito intersubjetivo esteja patente (*v.g.*, vias de fato, perturbação do sossego alheio, importunação ofensiva ao pudor, etc.), pois, em casos penais nos quais não são constatados conflitos intersubjetivos, também não se verificam sentimentos negativos a ponto de estorvar os objetivos legais dos JECs, especialmente, o tangente à composição de danos e à tríplice finalidade do Direito.

Mais produtivo e eficiente seria que, nos casos penais envolvendo conflitos intersubjetivos, os envolvidos fossem encaminhados pela autoridade policial à sede do JEC apenas para tomar ciência da data em que seria realizada a audiência preliminar. Assim, apenas nesses casos, propõe-se que a audiência preliminar seja diferida para, no mínimo, trinta dias a contar da data do fato, colimando-se facilitar a mediação e o diálogo já com os ânimos arrefecidos pelo tempo passado que, quanto às dores morais e físicas, age quase como panacéia. Esse interregno

⁵⁷⁴ O sujeito passivo é uma coletividade sem personalidade jurídica, a exemplo, dos crimes ambientais.

⁵⁷⁵ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 1.

facilita em muito a mediação e os tentâmenes (re)conciliatórios, em razão de a dor física ter-se esvaído, de o sofrimento moral ter-se amenizado pelo bálsamo do tempo, possibilitando aos envolvidos chegar à solução do conflito de forma mais racional, sem fortes arroubos emocionais.⁵⁷⁶

4.1.12 Investimento nos juizados especiais criminais

O enorme número de jurisdicionados, de procedimentos e de processos penais é desproporcional em relação à exígua quantidade de juizados, juízes, conciliadores, defensores públicos, promotores, servidores públicos, somado à insuficiência de recursos materiais, que acabam servindo de fator para a automação da conciliação *lato sensu*, estorvando a mediação e a conciliação dos conflitos penais.

Propugna-se, nesse ponto, além da multiplicação descentralizada dos JECs, que poderão funcionar em todas as universidades de Direito, a exemplo do que já se tem em algumas situadas em Belém (1.^a Vara do JEC do Jurunas), que cada JEC seja (re)aparelhado com material de expediente suficiente e número de computadores e impressoras compatível com o contingente de agentes públicos correlatos, tendo, no mínimo, um juiz de direito titular, um promotor, um mediador de formação interdisciplinar (conciliador), um diretor de secretaria, um escrevente, três servidores auxiliares, um auxiliar de serviços gerais, um oficial de justiça e dois defensores públicos, labutando, exclusivamente em sua sede, com jornada de trabalho compatível com a eficiência do serviço público, não se estendendo por mais do que oito horas, considerando-se que magistrados e promotores, semanalmente, levam muito trabalho

⁵⁷⁶ Na prática, a longa pauta dos juizados que, antes da Lei 11.340, de 7/8/2006 (Lei Maria da Penha), chegava, em Belém, a ultrapassar doze meses, cria óbice real à determinação do artigo 70, impossibilitando o imediatismo da audiência preliminar. Atualmente, em decorrência da Lei Maria da Penha, houve um considerável esvaziamento de TCOs e, conseqüentemente, de processos dos juizados especiais criminais, o que facilita as tratativas preliminares de natureza conciliatória. No interior do Pará, esse quadro não é muito diferente, considerando que os juizados, quando instalados, funcionam pela parte da tarde, após a árdua jornada de trabalho matinal, fazendo com que os juízes não sobrecarreguem a respectiva pauta de audiências, permitindo um maior elastério entre a data do fato e a realização da audiência preliminar. Esse interregno é aumentado nos interiores em que não há sede de juizado instalada, fazendo com que os respectivos TCOs e processos dividam espaço na pauta de audiências comum a todos os demais processos criminais e até cíveis, em caso de juízo único, sendo, assim, relegados em face da prioridade necessária a ser dispensada a outros caso mais relevantes, consoante outrora soía acontecer de forma mais geral.

adiantar em suas residências⁵⁷⁷, tratando-se de um serviço extraordinário que apesar de ser cumprido fora da instalação da órgão, não pode ser desconsiderado.

4.1.13 Flexibilização do princípio de identidade física do juiz ao processo

Considerando que o princípio da concentração, corolário do princípio da oralidade, impõe que todos os atos instrutórios sejam realizados em uma única audiência, procedendo-se a “breve resumo [sic] dos fatos relevantes”, para, ao fim, ser prolatada a sentença. Caso o juiz instrutor tenha mandado reduzir a termo apenas a sinopse das provas verbais e dos debates orais, e, por algum motivo, não prolate, logo em seguida, a decisão final, adiando-a. Ao tempo da sentença, se outro juiz o houver substituído, este, obrigatoriamente, deverá refazer a audiência de instrução em todos os atos, para somente, então, decidir o caso.

Somente com o refazimento dos atos da instrução processual, o juiz sentenciador, quando distinto do juiz instrutor, poderá obter contato imediato e pessoal com os atos tidos subjetivamente pelo primeiro magistrado como “não essenciais” (ou “não relevantes”) e que, por esse motivo, não foram reduzidos a termo, além dos atos essenciais apenas resumidos em ata, garantido, dessarte, maior presteza, retidão e justiça na prestação jurisdicional.

Todavia, sobredita exigência quanto ao refazimento da audiência de instrução (que também é de julgamento segundo a lei) só será inarredável se o princípio da oralidade houver sido observado nos moldes da Lei 9.099/1995, pois, do contrário, se os depoimentos dos peritos, das testemunhas e da vítima, o interrogatório do réu e os debates orais das partes houverem sido reduzidos, *ipso verbis*, a termo, não haverá necessidade de reprodução da audiência de instrução, por inocorrência de prejuízo a qualquer das partes. Aliás, essa é uma medida prudente, a fim de que a informalidade proposta pela lei na confecção de “breve resumo” não surta o efeito contrário à desejada celeridade, com a produção de alguma nulidade por cerceamento do direito de qualquer das partes.

⁵⁷⁷ A experiência vivida nos JECs de Ananindeua e de Muaná por quase uma década revelou que quase todos os agentes públicos que lá laboravam, faziam-no em serviço extraordinário consoante, o que além de desumano, não edifica o ideal de Direito justo, a começar pela falta de justiça com seus promovedores.

4.1.14 Flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública

O promotor deve atuar com discricionariedade no caso concreto, para, em nome dos princípios constitucionais da eficiência do serviço público e da dignidade humana, afastar a aplicação incondicional do princípio *in dubio pro societate* na fase inaugural do processo, ofertando a ação penal somente quando, segundo convicção jurídica devidamente fundamentada, houver viabilidade da acusação com prognóstico de sucesso final, devendo-se admitir o reconhecimento da prescrição virtual. Por isso, exige-se para a transação “penal” (art. 76, *caput*, da Lei 9.099/1995), prévio convencimento jurídico de que há elementos suficientes para a proposta de ação penal; do contrário, o TCO, sem proposta de transação procedida, deverá ser arquivado ou devolvido à autoridade policial para a instauração de inquérito policial e promoção de mais diligência(s), colimando a elucidação do fato.

A ação penal, mesmo em nome do princípio *in dubio pro societate*, não pode ser promovida por espírito de mera emulação, de aventura ou simplesmente *pro forma*, devendo o promotor invocar a sua temeridade como fundamento do arquivamento das peças informativas.

Nesse prisma, a mitigação do princípio da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal, além de não acarretar prejuízo à segurança jurídica, favorece o progresso social, ao se evitar um dispendioso e inócuo processo penal que culminará, inexoravelmente, em absolvição, considerando-se, ainda, que um processo condenado *ab initio* ao fracasso, se instaurado, levará outros casos penais, alguns de grande relevância, que poderiam ser sentenciados em prazo razoável, à prescrição, ao dividir com estes o espaço, o trabalho e os recursos destinados às despesas correlatas, abarrotando o Judiciário e encarecendo a prestação jurisdicional desnecessariamente.

A inocuidade da ação penal, já prognosticada quanto à sua porvindoura improcedência e ineficácia, quer pela prescrição em perspectiva, quer pela insuficiência de provas, além de ofender o princípio constitucional da eficiência da Administração (art. 37, *caput*) e ser uma insensatez, torna-se também iníqua ao Judiciário e à sociedade, acirrando a morosidade da prestação jurisdicional,

aumentando sobreposse os gastos públicos, alimentando a impunidade de outros casos que poderiam ser levados a julgamento e à condenação.

Nesse sentido, está a orientação doutrinária de Greco⁵⁷⁸ e Grinover *et alii*⁵⁷⁹ ao serem contrários à propositura da ação penal nos casos de prescrição virtual, mesmo havendo elementos para a sua oferta com provas idôneas para embasar a condenação por falta de interesse-utilidade.

Destarte, propõe-se maior flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal em adminículo à otimização da prestação jurisdicional de um lado e em respeito à dignidade de muitos réus que são processados por nada, apenas para se cumprir uma formalidade cogente, propiciatória de iniquidade ao réu e prejuízos à sociedade e ao Estado.

4.1.15 Restrição de transação com medida de limitação de fim de semana

A medida alternativa antecipada ao processo penal proposta como transação “penal” deve ter como critério e parâmetro as penas alternativas previstas nos artigos 43 a 49 do CP (penas restritivas de direitos e multa), tirante a pena de limitação de fim de semana, dado o caráter precipuamente limitativo da liberdade deambulatorial (art. 48, *caput*, do CP), por impor ao suposto autor do fato que permaneça “aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado”, o que é incompatível com um dos objetivos dos JECs, o de não se aplicar pena privativa de liberdade, salvo se a finalidade for de, nesse interregno, em vez de simplesmente ficar adstrito às alas do albergue, o suposto autor do fato se submeter a assistir a cursos ou a palestras

⁵⁷⁸ “Tais condições, uma vez preenchidas, não impõem ao Ministério Público o dever de oferecer a denúncia, mas sim dizem que, se assim entender, as pessoas envolvidas pela infração penal permitem que ele assim proceda”. Cf. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v.1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.745.

⁵⁷⁹ “Pode-se falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser eficaz: de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou a queixa ser oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir”. Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: RT, 1999. p. 65.

educativas⁵⁸⁰, como as prestadas na Associação dos Alcoólatras Anônimos e em entidades congêneres, por força do que dispõe o parágrafo único do art. 48 do CP.

4.2. Propostas de consecuições sucessivas *de lege lata* e *de lege ferenda*

Os tópicos seguintes tratarão de propostas tanto *de lege lata* quanto *de lege ferenda*, ou seja, são propugnações para contribuir com a imediata (re)construção dos JECs tal qual o material legislativo vigente, conquanto, o ideal seja que a legislação concernente, em uma etapa ulterior, venha a ser alterada nos termos em que infra-recomendado, evitando-se, no futuro, celeumas e entendimentos divergentes; porém, itera-se, mesmo na falta da *novatio legis* que se idealiza, as propostas abaixo proclamadas, no presente, já são aplicáveis e realizáveis, quer pó adoção jurisprudência, quer por medida administrativa.

4.2.1 Extensão dos institutos conciliatórios até a fase das alegações finais

Propõe-se que tanto a composição de danos quanto a transação “penal” não fiquem limitadas à fase pré-processual, mas sejam estendidas, mediante construção jurisprudencial, *de lege lata*, até as alegações finais, *i.e.*, até que a Lei 9.099/1995 seja alterada nesse mesmo sentido, segundo a conveniência do suposto autor do fato (estádio pré-processual) e do réu ou querelado (estádio processual), arrimando-se em três argumentos:

a) O instituto da conciliação nos juizados foi prescrito na Constituição Federal sem que ela o limitasse à fase pré-processual; assim sendo, o legislador ordinário, ao regulamentar a Constituição pela Lei 9.099/1995 (art. 79), coarctou o exercício de um direito constitucional, por ela, não lindado;

⁵⁸⁰ Interessa anotar que no preceito secundário do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas), precisamente em seu inciso III, comina-se como pena principal e originária, além da advertência e da prestação de serviços à comunidade (incisos I e II), a aplicação de “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Portanto, há um parâmetro legal preestabelecido garantindo a razoabilidade da propositura de medida alternativa também nesse sentido.

b) A Lei 9.099/1995 deve ser interpretada conforme os objetivos por ela próprios priorizados, evidentemente que também à luz da Constituição. Portanto, ao se estender a possibilidade de conciliação à fase processual, estar-se-á melhor atendendo aos anelos da Lei 9.099/1995 e aos ideários constitucionais de eficiência do serviço público (art. 37, *caput*), de segurança jurídica de todos, de construção de uma sociedade mais livre, porque não processa nem prende, e sim concilia; mais justa porque atende à vítima e ao suposto autor do fato, em nome da justiça restaurativa e solidária, porque ouve os conflitantes, atendendo-os em seus interesses, considerados os valores e ideais do Estado (Social) Democrático de Direito e a necessidade de convivência social ordenada;

c) A conveniência do imputado quanto à conciliação como melhor solução para o seu caso pode surgir apenas no curso da instrução processual, quando ele tomará conhecimento das provas que realmente existem e foram ou estão sendo produzidas pela acusação, visto que o TCO, embora não devesse ser, é, amiúde, lacônico, não lhe permitindo boa margem de visualização, na fase preliminar, quanto às conseqüências processuais.

A proposta, então, é a de que, mesmo *de lege lata*, enquanto não houver lei ampliando a oportunidade legal para o momento conciliatório na amplitude processual, a jurisprudência, estribada no princípio constitucional da disponibilidade da ação penal pelos institutos conciliatórios (art. 98, inc. I, da CF/1988), norma hierarquicamente superior à norma proibitiva ínsita no art. 79 da Lei 9.099/1995, e nos dois objetivos dos JECs expressos nesta mesma Lei, alente que a composição de danos e a transação “penal”, com seus respectivos efeitos jurídicos tais quais observados na fase da audiência preliminar, sejam estendidas, também, para o curso da ação penal, independentemente de sua natureza (pública ou privada) até a fase das alegações finais, ampliando-se, dessarte, a oportunidade para a concretização dos objetivos dos JECs dentro da óptica principiológica constitucional.

Negar o direito à conciliação (*lato sensu*) no curso do processo penal, empecendo a reparação dos danos e a evitação de pena privativa de liberdade ou mesmo de aplicação de qualquer outra sanção penal, é irracional e contrário aos dois anelos dos JECs e à tridimensionalidade finalística do Direito, além de dar a conotação de que a restrição legal do art. 79 em testilha é punitiva, fundando-se mais na imposição do acordo para a exclusão do caso penal logo no início do procedimento do que se destinando, efetivamente, à solução do conflito penal

apresentado, ou seja, da maneira como está, privilegia-se a formalidade e a regra processual informada pelo princípio da oportunidade, em detrimento dos fins do Direito material em questão, como se a *mens legis* ao suposto autor do fato fosse a seguinte: ou aceita logo a conciliação e encerra o caso, ou será incondicionalmente processado, como se o direito à conciliação e ao fim amigável do conflito penal não passasse de um jogo, do tudo ou nada.

O art. 98, inc.I, da CF/1988 previu a composição de danos (sob o termo conciliação) e a transação “penal”, como autênticos direitos subjetivos de magnitude constitucional, sem os adstringir à fase pré-processual, tendo sido, essa medida infraconstitucional de caráter estritamente temporal, de cunho antigarantista, pois se preocupa mais com o esvaziamento de procedimentos e processos dos JECs do que, efetivamente, com os objetivos dos juizados, ou seja, o interesse do Estado em se livrar de futuros processos é hipertrofiado em detrimento da mediação, do tratamento dos sentimentos dos envolvidos, da justiça restaurativa e da eficaz solução do conflito penal.

A propugnação em lume, embora possua arrimo constitucional e possa ser implementada *de lege lata*, edificando-se tanto o Direito justo quanto o próprio texto constitucional (art. 98, inc.I), deve ter, mais além, sua correção *de lege ferenda*, alterando-se a Lei 9.099/1995, sendo importante anotar que, atualmente, o *caput* do art. 81 da Lei 9.099/1995 está assim vazado:

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.

Propõe-se que sobredito dispositivo, *de lege ferenda*, prescreva o seguinte:

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, **antes da prolação da sentença, serão renovadas, as propostas de composição de danos e de transação penal, desde que presentes os interessados e seus demais requisitos, ainda que em outro momento já tenham sido recusadas.**

4.2.2 Confeção de TCOs por Policiais Militares

Propugna-se que policiais castrenses possam laborar na colheita inicial de informações sobre o fato penal, confeccionando TCOs⁵⁸¹ nos bairros e nas comarcas, mormente onde não houver delegado de polícia lotado, desde que tenham sido capacitados pela Administração Pública para esse mister, o que poderá ser procedido tanto pelos Órgãos de capacitação dos membros do Judiciário e do *Parquet* quanto pelas próprias academias de ambas as polícias, propiciando-lhes conhecimentos teóricos e práticos suficientes para atender ao princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/1988) em consonância sistêmica com os direitos fundamentais dos envolvidos. Nessa vertente encontra-se a orientação pretoriana concernente.^{582, 583, 584}

⁵⁸¹ Sobre essa questão, Azevedo é favônio: “Têm sido bem-sucedidas as iniciativas visando dar às polícias militares a possibilidade de elaboração dos termos circunstanciados, já que o monopólio de sua elaboração nas mãos da Polícia Civil dificulta o rápido encaminhamento dos termos e contribui para a burocratização da nova sistemática processual”. Cf. *in* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. “Conciliar ou punir? – Dilemas de controle penal na época contemporânea”. *In* WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 73/74.

⁵⁸² A 6.^a Turma do STJ, decidiu, à unanimidade: “LEI 9.099/95. TERMO CIRCUNSTANCIADO. ATUAÇÃO DE POLICIAL MILITAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. Nos casos de prática de infração penal de menor potencial ofensivo, a providência prevista no art. 69, da Lei 9099/95, é da competência da autoridade policial, não consubstanciando, todavia, ilegalidade a circunstância de utilizar o Estado o contingente da Polícia Militar, em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil. *Habeas corpus* denegado.” HC 7199/PR, DJ 28/09/1998. p. 115.

⁵⁸³ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PORTARIA DA SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA. ART. 69 DA LEI Nº 9.099-95. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA À POLÍCIA MILITAR COM ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 129 E 133 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ATO REGULAMENTAR. HIPÓTESE SUJEITA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO POR QUALQUER AUTORIDADE INVESTIDA EM FUNÇÃO POLICIAL. COMPETÊNCIA DO SECRETÁRIO DE ESTADO PARA O ATO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÉRITO. Não verifica afronta à repartição constitucional das competências entre as polícias civil e militar. Expressão autoridade policial referida no art. 69 da Lei nº 9.099-95 compreende quem se encontra investido em função policial, ou seja, a qualquer autoridade. Ato que insere nas atribuições específicas do titular da Secretaria da Justiça e da Segurança, a quem é assegurada a competência sobre serviço policial militar e serviço policial civil (art. 8º, I, da Lei Estadual nº 10.356-95). Prévio acordo entre o Ministério Público e a Polícia Estadual é decorrência do limitado alcance regulamentar do ato, de modo a programar paulatinamente sua observância nas comarcas que estiverem preparadas para o cumprimento das ações concretas do órgão da Administração responsável pelos serviços policiais. Hipótese de improcedência do pedido. À UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DA PROPONENTE. POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA, CONHECERAM DA AÇÃO DIRETA E, NO MÉRITO, JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO”. Cf. *in* TJE-RS – Pleno, Rel. Des.^{ora} Maria Berenice Dias, Ação Civil Pública 70014426563, DJ 20/06/2007.

⁵⁸⁴ “PROVA - Documento - Boletim de Ocorrência - Termo Circunstanciado elaborado por policial militar - Presunção de veracidade - Prova admissível - Recurso improvido”. Cf. *in* TJE-SP – 35.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des.^{or} Artur Marques, Apelação sem Revisão n. 963.667-0/2, DJ 12/02/2007.

Na Polícia Militar do Estado do Pará, há dois boletins preenchidos pelos policiais castrenses que poderiam ser encaminhados aos JECs, onde seriam autuados, tomando a forma de procedimento judicial, servindo de peça informativa informal da mesma forma que os TCOs elaborados pelos policiais civis, sendo eles: a) boletim de ocorrência policial militar (BOPM) e b) formulário de missão policial militar.

O BOPM, contendo numeração seqüenciada semelhante a um registro de ocorrência policial da Polícia Civil, possui campo estereotipado para o preenchimento com dados além dos cobrados nos TCOs, entre outros, os seguintes: a) identificação da autoridade policial, descrição do fato, do local, endereço complemento, visibilidade ambiental, situação do tempo, horário do fato e da chegada dos policiais, guarnições envolvidas, número da missão; b) qualificação completa e dados do suspeito tais como: sexo, etnia, cor, situação (prisão em flagrante, judicial, de foragido, outro), integridade (normal, lesionado, morto, etc.), número do registro geral, data de nascimento, endereço e telefones, etc.; c) qualificação completa das testemunhas e das vítimas; e) descrição das apreensões e quantidades; f) das providências de outros órgãos (acionamentos e encaminhamentos); g) das informações complementares; h) do término da ação, com um canhoto para destaque e entrega ao cidadão como comprovante do registro da ocorrência.^{585, 586}

Urge consignar que além da incumbência do policiamento ostensivo, o art. 144, § 5.º, da CF/1988 previu como atribuição da Polícia Militar a preservação da ordem pública, sem, todavia, definir o que seria ordem pública, autorizando o policial militar, na condição de autoridade policial e em nome da ordem pública, que pode ser qualquer ocorrência de infração penal, a encaminhar os envolvidos em infração de menor potencial ofensivo, mediante o preenchimento e envio do BOPM, diretamente aos JECs, tal qual determina o art. 69, *caput*, da Lei 9.099/1995.

⁵⁸⁵ Material e dados obtidos em entrevista com o Major QOPM Marcelino Frota Vieira, Consultor Jurídico da Polícia Militar do Estado do Pará, tendo referido policial informado que os boletins estão sendo padronizados para todo o Pará pelo Estado Maior Estratégico que assessora o Comandante-Geral da Polícia Militar.

⁵⁸⁶ Em entrevista com o Major QOPM André Luiz Belloni Gomes da Diretoria-Geral de Pessoal da Polícia Militar do Rio de Janeiro, obteve-se a informação de que os policiais castrenses fluminenses utilizam, para o registro das diligências e ocorrências por eles realizadas, o Talão de Registro de Ocorrência (TRO), por determinação oriunda de "Ato do Comandante-Geral da Polícia Militar do Rio de Janeiro", com estribo no art. 11, inc. II, do Decreto Estadual n.º 913, de 30/9/1976. Referido Ato está em vigor desde 1/1/1986 até hoje.

Pondera-se que a Lei 9.099/1995 não mencionou autoridade da Polícia Civil nem autoridade judiciária, e sim autoridade policial, portanto, não lindou a confecção de TCO ao delegado de polícia, pois na concepção de autoridade policial, incluem-se as autoridades policiais militares, sendo oportuno memorar a regra de hermenêutica de que “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: ‘Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir’”.⁵⁸⁷

A vontade do legislador, embora se some aos argumentos ora suscitados, avigorando-os, é a que menos conta. Importa mesmo destacar que até o inquérito policial, que se trata de um procedimento sigiloso e formal, é peça informativa prescindível desde que o órgão acusador disponha de outra peça contendo elementos suficientes para a propositura da ação penal (art. 39, § 5.º, do CPP).

Ora, se o inquérito policial é dispensável, podendo o Ministério Público mover a ação penal mediante simples representação informal apresentada diretamente pela vítima, desde que ela lhe dê lastro probatório quanto aos fatos narrados e documentos suficientes para arrimar a increpação, sem a necessidade de intervenção de nenhuma autoridade policial nem mesmo de advogado, *a fortiori*, dispensa-se o TCO confeccionado pelo delegado de polícia, se outro termo informal circunstanciar tal qual o TCO, as informações necessárias ao oferecimento da exordial acusatória, ainda que celebrado por autoridade policial militar.

Ressalta-se que mesmo havendo delegado de polícia na comarca ou no bairro, nada impede que os policiais militares confeccionem TCOs com os relatórios dos casos por eles atendidos e das diligências por eles realizadas, pois se o TCO é peça informativa, pode, tal qual o inquérito policial, ser substituído por qualquer outro instrumento informativo, desde que contenha dados suficientes para a propositura da ação penal, *a fortiori* em se tratando de peça informativa informal como no caso do TCO.

O art. 69 da Lei 9.099/1995, ao tratar da “Fase Preliminar” de apuração da infração e confecção do TCO, reza que:

Artigo 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 único⁵⁸⁸. 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

⁵⁸⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 246.

⁵⁸⁸ Redação dada ao parágrafo único pela Lei n.º 10.455, de 13/5/2002.

de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Propõe-se que os policiais militares sejam expressamente autorizados a também proceder à confecção dos TCOs, aditando-se a sobredito dispositivo um segundo parágrafo, nestes termos:

Artigo 69. (idem).

§ 1.º (mesma redação do atual parágrafo único, apenas renumerado).

§ 2.º O termo circunstanciado de que trata este artigo poderá ser lavrado por policial militar designado para essa função, após concluir curso de capacitação, sendo-lhe, defeso, em qualquer circunstância, proceder à lavratura de auto de prisão em flagrante.

Não se admite que o policial castrense possa lavrar auto de prisão em flagrante por ser esse ato de extrema intervenção estatal, devendo ser revestido das formalidades e cautelas legais. Por isso, sua presidência deve permanecer como atribuição exclusiva do delegado de polícia, que, para o exercício de seu cargo e referidas funções, graduou-se em Direito, tendo sido aprovado em rigoroso concurso público, submetendo-se, ainda, a meses de capacitação teórica e prática em uma academia criada para em fim.

Assim, havendo necessidade de prisão em flagrante nos casos previstos no atual parágrafo único do art. 69, o policial militar deverá encaminhar o suposto autor do fato à autoridade policial mais próxima de sua circunscrição, para este ato e ulteriores de direito, como a presidência de inquérito policial.

Impende consignar que a proposta de previsão legal da feitura do TCO por policial militar encontra guarida no princípio da informalidade peculiar aos JECs (art. 62), não, porém, em relação ao auto de prisão em flagrante e suas hipóteses (regulamentado pelo CPP), sendo referido auto eminentemente técnico e formal, não se permitindo a lassidão de direitos e garantias constitucionais envolvendo o ato de prisão.

Não há inconstitucionalidade nessa alteração legislativa por desvio de função, consoante vem se assentando a orientação pretoriana acima reportada, pois não se está a designar policial militar, cuja atribuição é de policiamento ostensivo (art. 144, § 5.º, da CF/1988), para substituir delegado de polícia em todas as funções deste (art. 144, § 4.º, da CF/1988), máxime quanto às atribuições de natureza formal, como é o caso do inquérito policial, mas apenas para o procedimento informal da feitura de TCO, sendo oportuno ressaltar que os crimes militares são apurados por militares treinados para esse mister, e não pela polícia

civil, pelo que também não se pode negar de forma peremptória a possibilidade de preparo e de capacitação dos policiais castrenses para essa função.

Convém revelar que o STF, por maioria, declarou inconstitucional o Decreto n.º 1.557/2003 do Estado do Paraná, que atribuiu a subtenentes ou a sargentos combatentes, nas delegacias de polícia de municípios que não dispunham de delegado de polícia as funções deste, entendendo ter havido desvio de função em ofensa ao art. 144, *caput*, inc. IV e V e §§ 4.º e 5.º, da CF/1988⁵⁸⁹.

A declaração de inconstitucionalidade ora ventilada foi acertada e não contradiz o que aqui se propõe. Consoante já ressaltado, não se está a defender a substituição do delegado de polícia, em todas as suas atribuições, por um policial militar, mas apenas que este, na falta daquele, uma vez capacitado para o mister, possa realizar um só ato que é informalmente procedido pelo delegado, qual seja, a confecção do TCO, que se adstringe a um relatório detalhado do fato penal, contendo, ainda, as qualificações e versões dos envolvidos e das testemunhas.

Indistintamente, policiais civis e militares são responsáveis pela segurança pública, manutenção da paz e preservação da ordem pública, sendo, todos, autoridades policiais por se encontrarem investidos da função de policial.

A divisão que existe entre as polícias civil e militar não pode estorvar o princípio constitucional da eficiência do serviço policial na consecução da segurança pública, sendo, a integração das forças policiais, fundamental ao combate à criminalidade, *a fortiori* quando a Lei 9.099/1995 não fez nenhuma distinção entre o policial civil e o policial militar no concernente à expressão “autoridade policial” (art. 69), sabendo-se ser regra de hermenêutica disposta em brocardo jurídico que quando a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*),⁵⁹⁰ além do que a interpretação deve buscar a aplicação do Direito justo, ou seja, a decisão que com maior eficácia promova tranquilidade espiritual aos indivíduos, bem-estar e paz à sociedade, imprescindíveis à segurança jurídica e ao progresso social.

Em princípio, nem sequer se necessitaria ampliar o texto do art. 69 nuper-citado, bastando-lhe a melhor interpretação no sentido de tornar mais eficiente (art. 37, *caput*, da CF) o combate à criminalidade, tomando-se como “autoridade policial”

⁵⁸⁹ STF – Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, ADI 3614/PR, DJ: 23/11/2007. p. 229.

⁵⁹⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 246.

qualquer policial, civil ou militar, autorizado a confeccionar o TCO, pois a norma de hermenêutica impõe que quando houver a mesma razão fundamental, deverá prevalecer a mesma regra de direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*).⁵⁹¹ Assim diz o texto constitucional (art. 144, § 5.º), ao prescrever que às polícias militares cabe o policiamento ostensivo, “além das atribuições definidas em lei”.

Todavia, considerando que a tradição processual penal trata como autoridade policial o delegado de polícia, para se evitar discussões que já bateram às portas do STF e que em nada edificam o Direito, apenas emperrando a eficiência da Justiça Pública nos JECs, melhor é por cobro à celeuma por meio da alteração legislativa acima proposta.

4.2.3 Apoio profissional interdisciplinar

O art. 73 da Lei 9.099/1995 prevê a possibilidade de conciliadores conduzirem as propostas de composição de danos e de transação “penal” sob a orientação do juiz, recomendando, em seu parágrafo único, que esses auxiliares da justiça sejam recrutados, preferencialmente, entre bacharéis em Direito.

Propõe-se que a preferência seja por profissionais integrantes de quadro interdisciplinar, e não por b.^{el} em Direito, o que deverá ser uma medida adotada *de lege lata*, pois embora a preferência legal seja outra, não impede que referidos profissionais sejam nomeados para atuar como mediadores e conciliadores, até que, *de lege ferenda*, o art. 73 os admita como auxiliares preferenciais.

A Lei dos JECs não andou bem nessa recomendação, pois o adminículo necessitado pelos juízes togados é justamente quanto àquilo que eles são deficientes, ou seja, a falta de capacitação para labutar com a mediação precedente e preparatória da (re)conciliação, como meio consentâneo a tratar os sentimentos dos conflitantes, solucionar o conflito penal e, então, resolver o caso penal, por meio da conciliação quando essa for possível. Por isso, melhor seria que a lei propusesse que o recrutamento do conciliador deferisse preferência à profissional interdisciplinar, em vez de b.^{el} em Direito.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 245.

A *mens legis* do art. 73 em apreciação é a de que o legislador se preocupou mais com a quantidade das conciliações, do que com a qualidade da solução dos conflitos penais, pois outro b.^{el} em Direito, além do magistrado togado, irá contribuir muito mais para a produção atacadista de acordos automáticos, satisfazendo, assim, um interesse estatal, contudo, possivelmente, sem a necessária preocupação em tratar o conflito penal com arrefecimento ou até sublimação da animosidade entre os envolvidos, culminando com uma conciliação de coração entre eles, desideratos da justiça restaurativa.

A interdisciplinaridade apresenta-se, segundo apregoado pelo culturalismo, como o método mais adequado de se produzir e se materializar o Direito, desembocando em uma produção transdisciplinar, pois essa ciência não é adstrita somente à norma, abrangendo também fato e valor, permitindo, dessarte, uma visão mais percuciente do conflito penal e a consecução, pelo método da mediação, de uma solução mais adequada, eficiente e justa, considerando as diversas circunstâncias exógenas e endógenas imanentes ao caso penal e ao particular sentimento das partes, que são tangentes a outras áreas do conhecimento, como a Sociologia e a Psicologia, permitindo-se, assim, inter-relacionar o Direito com as demais ciências, interpretando-o e produzindo-o segundo o paradigma emergente proposto por Boaventura de Souza Santos.⁵⁹²

A conversação interdisciplinar conduz a produção científica, aqui precisamente quanto à aplicação do Direito Penal, a um resultado transdisciplinar.

Ionete Souza esclarece, quanto à mediação, que o correto seria dar a ela um tratamento próprio de especialista, dentro de uma dimensão interdisciplinar, tratando “com prioridade o emocional, com a valorização dos sentimentos e a busca equilibrada de um diálogo finalista”. O risco de o b.^{el} em Direito ser o conciliador é o excesso de tecnicidade e a priorização da conciliação para encerrar o caso penal, sem tratar o conflito que o desencadeou e, por sua vez, o étimo do próprio conflito, “deixando de lado os vários tipos de linguagem, de comunicação e de escuta”, para satisfazer “formalidades procedimentais já arraigadas no sistema jurídico atual”.⁵⁹³

⁵⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

⁵⁹³ Cumpre esclarecer que Ionete se preocupa tanto com a mediação que sua proposta é de mediação extrajudicial do conflito (em seu texto, ela trata de conflitos familiares), mas sua fundamentação serve perfeitamente para se constatar a necessidade não só de a mediação ser tratada judicialmente, como de se ter de capacitar juízes, promotores, defensores e servidores em geral para essa atividade, pois como Ionete adverte: “O acesso à Justiça engloba a melhor prestação jurisdicional ou não-

Propõe-se, assim, a atuação de conciliador formado em outra área e até de equipes interdisciplinares, envolvendo psicólogos e assistentes sociais, como atores importantes e necessários à mediação para solucionar, qualitativamente, o conflito penal e para fins (re)conciliatórios.

4.2.4 Inconvertibilidade da transação inadimplida em prisão

Embora o STF já tenha declarado a inconstitucionalidade dessa medida, o STJ a entende possível, conforme já se tratou desse assunto em capítulo anterior.

Destarte, enquanto não houver a vedação legal dessa conversão, propõe-se que os juízes atuantes nos JECs não a procedam nem os respectivos promotores de justiça as provoquem, fazendo valer a orientação jurisprudencial do STF até que lei posterior ponha cobro a essa discussão.

Enquanto a previsão legal não vier, a solução mais justa e útil do ponto de vista da segurança jurídica e do progresso social, além de menos interventiva e violenta que a decisão chancelada pelo STJ, será a de se fazer constar, expressamente, como cláusula da transação “penal”, o retorno ao *status quo ante* em caso de seu inadimplemento pelo suposto autor do fato, bem como que o efeito quanto à extinção da punibilidade só será produzido após o inteiro cumprimento desse acordo, fazendo-se, ainda, a necessária ressalva quanto à autorização dada ao Ministério Público para propor a respectiva ação penal, aproximando-se, assim, da orientação jurisprudencial do STF.

Todavia, a cláusula de desconstituição do título judicial pelo inadimplemento não poderá ser imposta ao suposto autor do fato como condição inarredável de homologação da proposta de transação “penal” por não ter previsão legal, conquanto seja lícita como ato de manifestação de vontade do suposto autor do fato. Assim, propõe-se que, *de lege ferenda*, a previsão de desconstituição do título executivo seja expressamente prevista em lei em caso de inadimplemento.

4.3 Propostas *de lege ferenda*

Esta é a terceira parte deste capítulo, atine às propugnações que necessitam ser, quanto antes, positivadas. Por isso são rotuladas de propostas *de lege ferenda*, no escopo de se elidir dificuldades existentes *de lege lata*.

Em princípio, algumas das propostas a serem apresentadas não necessitariam de lei, por já decorrem do ideário constitucional. Todavia, insta consignar que em Países como o Brasil, nos quais os direitos fundamentais são, amiúde, desrespeitados, nunca é demais explicitar em regra formal até mesmo o que é truísmo ou ilação do próprio ordenamento jurídico, máxime quando já aclarado pelos princípios constitucionais.

4.3.1 Abolição da ação penal exclusivamente privada

Respeitando-se a exceção constitucional da permissibilidade de o ofendido da possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º, inc. LIX), nenhum crime em nenhuma outra hipótese deveria admitir a ação penal privada.

A ação penal exclusivamente privada alimenta a animosidade, o sentimento de vendeta e o conflito penal entre querelante e querelado, convolvando o conflito penal em litígio judicial.

Nesse diapasão, pondera Salo de Carvalho⁵⁹⁴, assumindo postura contrária à autotutela e à privatização do processo penal:

A lógica da argumentação está no fato de que o sujeito envolvido com o conflito não tem ‘capacidade de sublimação’, ou seja, de sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso. Pelo contrário, entendemos que pelo fato de estar intrinsecamente envolvido na contenda, acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor.

⁵⁹⁴ CARVALHO, Salo. “Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista”. In WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 147.

Não é incomum a existência de queixas-crime movidas sem justa causa, nas quais se constata o *animus* de porfia, de emulação e de vingança dos querelantes, além do propósito de intimidação em razão de alguma ação ou pretensão da parte *ex adversa* no cível.

Muitos absurdos permitem concluir que a ação penal exclusivamente privada é nefasta aos horizontes do constitucionalismo e ao Estado (Social) Democrático de Direito,⁵⁹⁵ não se encontrando razoabilidade para a sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio, a não ser que o escopo seja o de garantir o poder de poucos, economicamente poderosos, em manter o direito de poder contratar renomados advogados com o propósito de perseguir criminalmente pessoas incautas que são, bastas vezes, as verdadeiras vítimas no caso penal, o que vai de encontro às aspirações do constitucionalismo, que se apresenta como movimento de luta pela maximização dos direitos fundamentais e minimização do poder intervencionista estatal, este que, *in casu*, vem sendo provocado e manipulado pelos interesses particulares de vingança, porfia e emulação, manifestados nas ações penais exclusivamente privadas.

Destarte, a proposta apresentada é de abolição, *de lege ferenda*, da ação penal exclusivamente privada, convolvendo-se os casos aos quais atualmente ela ainda é prescrita em casos de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, garantindo-se, à vítima:

a) A manutenção de seu direito à conveniência da ação penal, embora não mais à titularidade da ação penal, que ficará condicionada à manifestação de sua vontade pela representação no prazo decadencial, passando-se, contudo, a legitimidade ativa da ação penal ao Ministério Público, instituição permanente,

⁵⁹⁵ A título de evidenciar um desses tantos absurdos de que se faz reverência, insta revelar que na 2.^a Vara do Juizado Especial Criminal de Belém, no ano de 2006, atuando como Promotor de Justiça, na condição de *custos legis*, pôde-se manifestar em abertura de audiência de instrução e julgamento pelo não-recebimento de queixa-crime que imputava, à querelada, crime contra a honra, sendo querelante um cirurgião plástico. A querelada era genitora de uma jovem, mãe de duas filhas, que entrou na sala de cirurgia do querelado, gozando de boa saúde, no desiderato de ficar mais bela, tendo, ao revés, saído tetraplégica. Indignada com a situação de imensurável sofrimento de sua filha, da família e dela mesma, a mãe da paciente, motivada por irresignabilidade e forte dor moral, remeteu missiva ao médico, em envelope lacrado, responsabilizando-o pelo ocorrido, não se contendo nas palavras, provavelmente acompanhadas de lágrimas e soluços, tendo, referida mãe, ingressado no juízo cível, pleiteando indenização por danos morais e materiais. O esculápio em testilha, inflou-se de suscetibilidades e com intuito intimidante, contratou um famoso advogado criminalista, movendo a ação penal privada em lume, imputando, a essa mãe, crime contra a honra, apontando como prova da autoria e da materialidade o conteúdo da carta. A queixa-crime foi prontamente arquivada, tendo o advogado do querelante, diante de todas as censuras ministeriais e judiciais, ainda, lamentado não adiantar recorrer do arquivamento, pois a prescrição era iminente.

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, único órgão legítimo e com dever de impessoalidade e de imparcialidade (mesmo sendo parte) para mover qualquer ação penal;

b) O direito da vítima apenas à ação penal privada subsidiária da pública nos termos em que assegurado pelo art. 5.º, inciso LIX, da CF/1988.

4.3.2 Condicionamento da maior parte das ações penais à representação

Considerando que os objetivos dos JECs são a reparação de danos (que não se confunde com a composição de danos, embora possa ser concretizada por meio desta) e a não-aplicação de pena privativa de liberdade, “sempre que possível”. Impõe concluir que a melhor e mais recomendável solução dos conflitos e casos penais deverá atender, ao mesmo tempo, a esses dois propósitos legais.

Ora, sabe-se que se a ação penal for pública incondicionada, ela, ainda que não proíba a composição de danos, não alentará que os danos sofridos pela vítima sejam reparados, considerando que o suposto autor do fato irá se onerar com a transação “penal” que sempre é priorizada nesses casos.

Logo, intentando priorizar os dois objetivos dos juizados em uma única proposta, o ideal para a justiça, assim como o mais útil para a segurança jurídica e o progresso social, seria que a maior parte das infrações de menor potencial ofensivo passasse a ter a sua persecução por meio de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, pois a composição de danos, neste caso, por si só, satisfaz a reparação de danos e extingue a punibilidade.

Continuariam a ser de ação penal pública incondicionada os crimes vagos,⁵⁹⁶ cuja subjetividade passiva consiste em uma coletividade sem personalidade jurídica ou em uma coletividade indeterminável, a exemplo dos crimes ambientais (Lei 9.605/1998); dos crimes contra a família (crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento – art. 236 –, crime de conhecimento prévio de impedimento – art. 237 do CP); dos crimes contra o pudor

⁵⁹⁶ BARROS, Orlando Mara de. *Dicionário de classificação de crimes*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1990. p. 93.

público (crime de ato obsceno – art. 233 do CP –, crime de escrito ou objeto obsceno – art. 234 do CP) e, nos mesmos moldes, muitas contravenções penais.

Todavia, os crimes com pena máxima cominada de até dois anos, caracterizados pela “subjetividade passiva simples”⁵⁹⁷, deveriam, segundo esta proposta, ser convalidados em crimes de ação penal condicionada à representação da vítima, tornando o Estado menos interventor, além de fomentar a reparação do dano com o resultado de extinção da punibilidade, pondo-se cetro, neste caso, ao conflito penal ou ao caso penal de forma mediadora ou, no mínimo, menos constrangedora, interventora e violenta.

4.3.3 Necessidade de nova redação dos artigos 76 e 77

Os dois dispositivos da Lei 9.099/1995 em epígrafe encontram-se, atualmente, assim vazados:

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.

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. (Grifou-se.)

Há procedência da crítica quanto à redação do *caput* do art. 77, na parte em que sublinhado no transunto acima, por propiciar a errônea interpretação de que somente após a recusa da proposta de transação “penal” pelo suposto autor do fato é que o promotor analisará se há elementos para denunciá-lo, pois, nessa fase, reza a parte final do dispositivo em tela, é que se iria verificar a necessidade de diligências imprescindíveis à denúncia.

Sobredita ilação é um absurdo, pois, para o oferecimento da proposta de transação “penal”, o promotor deverá ter elementos suficientes, previamente constados na peça informativa (TCO, inquérito policial, etc.), para formar a sua convicção jurídica tanto em relação à existência da infração penal quanto no

⁵⁹⁷ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 1.

tangente aos indícios suficientes de autoria, requisitos imprescindíveis à propositura da transação.

No intuito da evitação de interpretações equivocadas ou, mesmo, forçadas, quadra retirar qualquer dúvida que o intérprete mais incauto possa ter ou que outros mal-intencionados possam ensejar, dando-se nova redação aos dispositivos susoditos, procedendo-se ao traslado da expressão “se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”, constante do art. 77, *caput, in fine*, para o centro da redação dada ao *caput*, do art. 76, passando, ambos, a rezar o seguinte:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento **nem havendo necessidade de diligências imprescindíveis**, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de **medida civil alternativa**, a ser especificada na proposta **de transação civil**.

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do **suposto** 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.

Cumpra observar que a proposta de nova redação aos dispositivos em lume é supressiva em relação à parte final do *caput* do art. 77, embora também adite à sua redação o termo “suposto” em adjetivação ao autor do fato, sendo esta adução outra proposta a ser tratada em tópico abaixo, mas que ora é antecipada em coerência com o restante do trabalho.

Por fim, quanto à nova redação do *caput* do art. 76, não apenas retira a hipotética dúvida propiciada pela redação atual do art. 77, *caput, in fine*, como elucida de vez a necessidade de se ter, já no momento precedente à proposta de transação, a colação dos elementos suficientes para a propositura da ação penal – adverte-se: de ação penal não temerária! –, pondo-se, assim, cobro a qualquer discussão a respeito desse assunto. Observa-se, ainda, que o termo “pena” foi substituído por “medida civil alternativa” como proposta deste trabalho, considerando-se não se tratar de pena, acrescentando-se a expressão “transação civil” à proposta ministerial.

4.3.4 Alterações terminológicas

No intuito de deferir um tratamento mais digno àquele que se vê indigitado como agente de uma infração penal, bem como de adequar o texto legal à técnica, segundo o emprego coerente e escoreito de algumas terminologias adotadas, é imperioso propugnar pela alteração da Lei 9.099/1995 quanto às terminologias a seguir tratadas.

Frisa-se, por fim, que as propostas a seguir não são estratégias simplesmente simbólicas, consoante vê Chies,⁵⁹⁸ e sim de grande peso e medida, pois se entende que as palavras têm significado e que dizem sempre algo, conquanto o intérprete tenha alguma discricionariedade para restringir e estender a sua significação, sendo, também certo, que cada pessoa lê e interpreta as palavras de uma forma singular, mas, ainda assim, dentro de uma prisão semântica da qual não se pode fugir.

4.3.4.1 Adição do termo “suposto” às expressões “autor do fato” e “autor da infração”

Insta cotejar o termo indiciado, próprio do inquérito policial, e réu ou querelado, próprios da ação penal, com as expressões “autor do fato” e “autor da infração” adotadas pela Lei 9.099/1995, nos arts. 68, 69, 70, 72, 77 e 76, § 2.º, inc. I, §§3.º e 4.º, referindo-se, estes dois últimos, a alguém apenas suspeito de ter praticado alguma infração penal e ainda sob o pálio do princípio da presunção de não-culpabilidade.

Indiciado, réu e querelado são terminologias jurídicas que, por mais estigmáticas que possam ser, denotam um estado de mera suspeição sem dar à respectiva significação o sentido de verdadeiro autor da infração.

Entretanto, ao se indigitar alguém como “autor do fato” ou “autor da infração”, sem nenhuma ressalva precedente, que se poderia dar com a adição do termo “suposto”, atribui-se a esse cidadão um sentido estigmático, claramente afirmativo, de que ele – sem nenhuma condenação transitada em julgado – já seria o

⁵⁹⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. “Do conflito social ao litígio judicial (limites e possibilidades de um constructo autopoiético)”. In WUNDERLICH, Alexandre. CARVALHO, Salo de (org). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 211.

verdadeiro autor da infração penal, tal qual se lhe assacassem diretamente as apodaduras de criminoso, contraventor ou meliante.

Interpretação idêntica não se extrai dos termos indiciado e réu (ou querelado). Verifica-se que os termos indiciado e réu causam menos indignação e estigma que “autor do fato” ou “autor da infração”, pois nestes vocábulos o sentido impositivo e determinante da autoria é mais forte e explícito, enquanto que indiciado e réu denotam apenas suspeição, sem o sentido semântico peremptório de verdadeiros autores do crime ou da contravenção.

Em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de não-culpabilidade, da humanidade do Direito Penal, da dignidade daquele que é apenas suspeito de uma infração penal de menor potencial ofensivo, propõe-se como justa medida que em todos os dispositivos da Lei 9.099/1995, nos quais forem encontradas as expressões “autor do fato” ou “autor da infração”, sejam-lhes adidos o adjetivo “suposto”, a fim de que passem a constar as expressões “suposto autor do fato” e “suposto autor da infração”.

4.3.4.2 Substituição do termo “partes” por envolvidos

Na fase pré-processual, não há partes por não haver processo nem mesmo ação penal, o que existe é um caso penal com dois ou mais envolvidos (suposto autor do fato e vítima). A própria Lei 9.099/1995, em seu art. 71, acertadamente, trata o suposto autor do fato e o ofendido como envolvidos, e não como partes, contudo, não se manteve fiel a essa terminologia no art. 67, parágrafo único.

Propõe-se que a referência feita pela Lei 9.099/1995, no parágrafo único do art. 67, quanto ao termo “partes” seja substituída por “envolvidos”. Assim, onde, atualmente, lê-se “Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores”, *de lege ferenda*, dever-se-á ler “Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes **os envolvidos**, os interessados e os defensores”.

Sobredita medida aparentemente parece graciosa, mas seu impacto na prática forense é importantíssimo porque evita que os envolvidos sejam chamados de partes e assim tratados em audiência e nas peças forenses, sem efetivamente

serem, bem como afasta a tendenciosa interpretação de que já existe, nessa fase, um processo penal, segundo, equivocadamente, pretendem alguns doutrinadores e até a jurisprudência do STJ, conforme já exposto em capítulo antecedente.

4.3.4.3 Substituição dos termos “pena” e “sanção” por “medida civil alternativa”

Consoante já debatido em capítulo próprio, o termo pena é apropriado somente aos casos que foram submetidos ao devido processo legal, resultando em um édito condenatório transitado em julgado. Tirante essa hipótese, não há que se falar em pena no sentido técnico de sanção penal.

No desiderato de se evitar que a proposta de transação “penal” seja admitida como sanção penal, faz-se, necessário que o termo “pena” seja substituído nos arts. 72 e 76, *caput*, §§, 1.º, 4.º e 6.º, pela expressão “medida civil alternativa”, passando, ambos, à redação seguinte:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o **suposto** 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 **medida civil alternativa** não privativa de liberdade.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento **nem havendo necessidade de diligências imprescindíveis**, o Ministério Público poderá propor a **solução** imediata de **medida civil alternativa**, a ser especificada na proposta.

§ 1.º Nas hipóteses de ser a **medida civil alternativa** de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 4.º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz **homologará** a **medida civil alternativa**, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 6º A **homologação da proposta de medida civil alternativa** de que trata o § 4.º 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.

Propõe-se, também, que os termos “aplicar” e “aplicação” constantes da Lei 9.099/1995, concernentes à medida civil, sejam substituídos por “homologar” e “homologação”, a fim de que não se dê um sentido de inflicção ou de imposição e

até de pena a essa medida, que, na verdade, é avençada entre o suposto autor do fato e o órgão acusador, sendo apenas homologada, e não aplicada, pelo juiz.⁵⁹⁹

4.3.4.4 Substituição da expressão “transação penal” por “transação civil”

O mesmo sentido negativo e impróprio dos termos “pena”, “autor do fato” e “aplicação”, encontram-se na expressão transação “penal”, como se o objeto da transação fosse a aplicação de uma sanção. Convém lembrar que a Constituição, no art. 98, inc. I, não se referiu à transação com a adjetivação de “penal”, tendo idealizado apenas a transação, sem nenhuma adjetivação penológica.

Ora, se a transação é um instituto jurídico previsto como um ideário constitucional, a título de um direito público subjetivo, não pode ter natureza penal, sem uma ação penal correspondente, sem o devido processo legal (penal), sem a ampla defesa e o contraditório, apenas porque lida com um conflito penal em fase pré-processual, sabendo-se ter ela natureza não penal, mas civil, por compreender atos de mediação e (re)conciliação sem processo instaurado e ação penal proposta.

Sobredito instituto é um direito exercido pelo suposto autor do fato, a seu inteiro talante e conveniência, pelos princípios da voluntariedade e da oportunidade, para se livrar de um possível processo penal. Vale lembrar que a transação é instituto jurídico de natureza civil,⁶⁰⁰ estando no rol das fontes imediatas das obrigações por manifestação de vontade,⁶⁰¹ que podem ser mediante a celebração

⁵⁹⁹ Quadra iterar que as palavras têm significados. Por mais que as palavras também sejam manifestação do poder, quando se considera que seus significados são emoldurados pela sociedade e impostos aos que nascem, é verdadeiro que elas também têm o condão de agregar os seres humanos, tornando-os mais sociáveis, harmônicos e cooperativos, do contrário, viveriam sem comunicação quase nenhuma, talvez apenas a gesticular, em uma reprise da torre de Babel.

⁶⁰⁰ Sobre essa natureza civil, quadra o seguinte escólio: “Quer-se pensar que a construção de um conceito para transação penal pressupõe, inarredavelmente, a compreensão do que vem a ser transação na esfera *cível*, uma vez que o direito privado de há muito agasalha tal providência como um modo de extinção das obrigações.” Cf. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 81.

⁶⁰¹ A natureza civil da transação “penal” reside em assunção de obrigação civil por manifestação de vontade do suposto autor do fato, aceitando uma proposta de acordo feita pelo titular da ação penal, semelhantemente a um contrato. A propósito, sobre as fontes das obrigações convém a seguinte lição: “De modo que classifico as obrigações da seguinte maneira: a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei”. Cf. RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. 30. ed. atual. São Paulo, Saraiva 2002. p. 10.

de um contrato ou um acordo de vontades (tal qual a transação) ou ato de manifestação de vontade unilateral (tal qual a promessa de recompensa)

Ora, se não há processo penal instaurado não há transação “penal”, mas um acordo judicial de caráter civil, entre o suposto autor do fato e o Estado, em que aquele cumpre, voluntária e convenientemente, alguma obrigação civil para que este abra mão de seu direito-dever à *persecutio criminis* e ao próprio *ius puniendi* estatal.

A natureza do acordo (transação) é civil porque diz respeito ao exercício de um direito próprio da cidadania. O homem, ao exercer um direito, fá-lo no pleno exercício de sua própria cidadania, aqui entendida em seu sentido mais amplo, pois o adjetivo “civil” denota aquilo que é próprio e diz respeito à cidadania.

Nem se diga que nos JECs não se concebe jurisdição cível, por ser afirmação facilmente refutável diante do fato de tanto a Constituição Federal (art. 98, inc. I) quanto a Lei dos JECs (art. 62, *in fine* e art. 72, *caput*) fomentarem a reparação dos “danos civis” sofridos pela vítima por meio de proposta de “composição dos danos civis” (arts. 60, parágrafo único; 74, *caput*; 75, *caput*).

Poder-se-ia argumentar que se não há processo penal, também não há processo de nenhuma outra natureza, nem administrativo, nem civil. É verdade, não há sequer um processo judicial. Por isso o concerto em lume poderia também ser denominado pela Lei 9.099/1995 apenas como “transação”, sem adjetivação tal qual consta da Constituição Federal.

Todavia, a proposta de se adjetivar referido acordo, passando-se a denominá-lo de “transação civil” tem por fito, considerando que as palavras possuem significação, dois aspectos:

a) Reforça o sentido de benefício da medida, sua natureza de obrigação civil e de direito público subjetivo contrário ao de pena⁶⁰²;

b) Revigora a denotação de exercício tanto de direito quanto de cidadania, intrínseco ao termo “civil”, ao civismo.⁶⁰³

⁶⁰² “Civil. [...] e) aquilo que não tem caráter criminal [...]”. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*: a/c. vol. I. 2. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 707.

⁶⁰³ “Civil. Adjetivo de dois gêneros [...] 2 relativo ao cidadão, considerado em seu caráter, condições e relações particulares. Ex.: <comportamento c.> <sociedade c.> <direitos c.>. Cf. HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 734.

4.3.4.5 Substituição do termo conciliador por mediador

O artigo 73 da Lei 9.099/1995 encontra-se assim vazado:

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. (Grifou-se.)

Consoante já exposto em capítulo e nas propostas anteriores, melhor seria que o termo conciliador fosse substituído por “mediador”, precisando, ao menos em termos semânticos, a verdadeira finalidade dos JECs, segundo sua teleologia tridimensional, no sentido de tratar os sentimentos negativos dos conflitantes, sublimando-os ou, ao menos, arrefecendo-os, restabelecendo o diálogo entre eles, como método mais eficiente de solução do conflito penal pela justiça restaurativa.

Quanto à necessidade de preparo e capacitação de todos os agentes públicos que laboram com medidas despenadoras, cumpre lembrar que essa orientação encontra agasalho nos itens 15.2 a 16.3 das “Regras de Tóquio”⁶⁰⁴.

Propõe-se um trabalho a varejo, em vez da produção atacadista de conciliações que encerraram o caso penal, quase de forma mecânica, mas não tratam nem solucionam o conflito correlato.

Na versão proposta, o dispositivo legal ficaria assim redigido:

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por **mediador** sob sua orientação.

Parágrafo único. Os **mediadores** são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente, entre profissionais de **quadro interdisciplinar**, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Propõe-se, ainda, que a ressalva constante da parte final do parágrafo único do art. 73 seja mantida, considerando-se que o recrutamento poderá recair também sobre b.^{el} em Direito, visto ser a nomeação de um profissional de quadro interdisciplinar apenas um critério preferencial, porém, não excludente.

⁶⁰⁴ Interessa, por serem bastante elucidativos, os excertos dos itens 15.2 “As pessoas nomeadas para aplicar medidas não privativas de liberdade devem ser pessoalmente qualificadas e ter, se possível, uma formação especializada apropriada e uma certa experiência prática. Estas qualificações serão claramente definidas” e 15.3 “A fim de ser possível recrutar e manter pessoal qualificado, convém assegurar-lhe um estatuto, uma remuneração e vantagens adequadas, tendo em consideração a natureza do trabalho pedido, e oferecer-lhe possibilidades de aperfeiçoamento e perspectivas de carreira”.

CONCLUSÃO

Resumindo-se a dupla tridimensionalidade do Direito no aspecto elementar e teleológico, assevera-se que o Direito não é algo para ser apenas posto ou imposto; obedecido, atendido ou até temido, mas, antes, uma produção intelectualmente idealizada, com fulcro em valores sociais, destinada a uma constante edificação – um constructo programático de justiça material considerando o bem comum (valor e fundamento do Direito) – sobre bases fáticas e normativas, cuja realizabilidade se procede *in fieri*, devendo sempre contemplar e plasmar a segurança jurídica, o progresso social e a justiça material.

As duas hipóteses levantadas foram devidamente comprovadas, *i.e.*, a práxis vitanda delatada nas críticas indigitadas aos JECs são dados da realidade forense que devem ser tratados na (re)construção desses órgãos, mas essa realidade não tem o condão de desqualificá-los, retirando-lhes o *status* de órgãos constitucionais e democráticos nem lhes impõe a pecha de ferramentas destinadas ao panoptismo do Estado que teriam sido criadas para ampliar e antecipar seu poder punitivo, pois não se deve confundir o ideal do Direito justo com a prática forense desvirtuada desse programa normativo para usá-la como argumento contrário aos institutos da composição de danos e da transação “penal” e à própria instituição dos JECs.

A presença mais nítida e atuante do Estado no combate e na prevenção da criminalidade, mesmo quanto às infrações de menor potencial ofensivo, após o advento da Lei dos JECs, não significa que o Estado tenha ampliado seu poder punitivo, mas sim que ele tem procurado melhor tutelar os bens jurídicos que lhe são afetos; muito menos, que os JECs, idealizados pelo constituinte originário como agências garantidoras da segurança jurídica e promotoras da paz e do bem-estar social – ingredientes do progresso-social –, inspirado por um forte sentimento democrático, tenham sido previstos para esse fim.

O Direito deve realizar valores sociais segundo o ideal constitucional de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Nessa edificação, a falta de um de seus elementos ou de uma de suas finalidades leva à derrocada de sua materialização, assim como nenhum edifício se sustenta por muito tempo, se um de seus pilares for destruído. Nem mesmo seu pilar central ou pedra angular (a justiça material em busca do bem comum), segura sozinha essa grande e constante

construção, pois se extirpada apenas uma de suas colunas, desaba-se o que estiver levantado ou nem mesmo se edifica o que já se tem arquitetado. Por isso, a prática, que é dado da realidade, portanto, fato, deve coadunar-se com o ideal (valor), convolvando a idealidade constitucional dos JECs em dado da realidade do Direito justo e vivo.

No avivamento do Direito justo, é força exaltar a obrigação política estatal de respeitar e promover os direitos fundamentais dentro de uma perspectiva de desenvolvimento social, político e econômico que possibilite democracia política plena, a ser exercida quer por meio de representantes, quer diretamente, somada à democracia econômica e à promoção da justiça material com segurança jurídica e progresso social.

O reconhecimento dessa obrigação política estatal permite a paz e o bem-estar social como ingredientes do progresso, além do sentimento de segurança jurídica pela certeza da presença do Estado na tutela eficaz dos bens jurídicos, cujo desiderato só pode ser alcançado por meio de um Estado politicamente comprometido com a legitimidade de seu poder e de suas normas, as quais carregam e contêm valores sociais.

Constata-se a necessidade de se servir ao bem social sem ofensa aos direitos fundamentais da vítima e do suposto autor do fato, dentro de uma orientação utilitarista garantista que prime pela máxima felicidade possível à maioria não desviante (grupo no qual as vítimas estão inseridas) e, concomitantemente, com o mínimo sofrimento necessário à minoria desviante.

Importa, ao Direito, portanto, também, aos JECs por serem órgãos destinados à promoção daquele, laborar com a autoconsciência e com o reconhecimento da dignidade alheia, integrando o “eu” ao “outro”, ou seja, a vítima ao suposto autor do fato e vice-versa. Por isso se advoga que o bem a ser promovido pelos JECs consiste em se servir a um valor positivo sem prejuízo de um valor mais alto, o bem social ideal que se pode constatar em seus institutos conciliatórios, que servem ao todo coletivo, respeitando-se a dignidade de cada envolvido no conflito penal – suposto autor do fato e vítima –, como também lhes propiciando um bem intersubjetivo, pois o bem do todo deve refletir o bem de cada pessoa que o integra, impondo, ainda, mencionar que o bem comum é constituído pelo somatório do bem propiciado a cada indivíduo, sendo a justiça material o valor do Direito em duas perspectivas: o social e o individual.

Os JECs possibilitaram ao cidadão mais acesso ao Judiciário, sem exclusão das vítimas, minimizando o poder intervencionista estatal, atuando como fator de democratização do Judiciário, permitindo, na seara penal, soluções judiciais extraprocessuais mais céleres, econômicas e justas aos envolvidos no conflito penal, por meio da composição de danos, em nome da segurança jurídica decorrente da consciência social de respeito à lei penal, da certeza geral de que o Estado está presente na proteção genérica dos bens jurídicos e na tutela eficaz dos bens jurídicos específicos, considerando estes no caso concreto, assim como a composição de danos também é útil ao progresso, facilitado pela paz e pelo bem-estar social que a (re)conciliação propicia.

Nessa esteira, caminhou bem a idealização constitucional dos juizados, conquanto a prática imposta pela automação de seu procedimento dela tenha se desvirtuado para atender mais ao escopo da satisfação da abarrotada pauta judicial e da cobrança de produção estatística, muita vez determinada pelo fator quantidade, sem assegurar a qualidade na solução dos conflitos penais levados às barras judiciais, demonstrando o odioso distanciamento entre o “direito dos livros” e o “direito em ação”, para Arnaud⁶⁰⁵; ou entre a “idealidade” e a “realidade”, para Reale.⁶⁰⁶

O valor (inerente à idealidade), que era para ser convolado em fato pelo Direito, não se realizou a contento, permanecendo, na prática reprochável, apenas a norma pela norma como fato (realidade), no afã de se atender mais ao escopo da satisfação da abarrotada pauta judicial e da cobrança de produção estatística quantitativa e atacadista.

Reale faz menção a uma obra alemã de 1902, intitulada “Doutrina do Direito Justo”, de Rudolf Stammler (1856-1938), na qual, Stammler menciona que há, na História, exemplos em abundância demonstrando que, muita vez, o direito positivo entra em conflito com os ideais do Direito justo, mas se cobra a postura de que o Direito deva ser sempre uma “tentativa de Direito justo”. Reale complementa que “pode ser uma tentativa falha, um esforço malogrado, mas o que é indispensável é que haja tensão no sentido do justo, inclinação rumo ao ideal de justiça. Sem essa referibilidade ao justo não há Direito [...]”.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ ARNAUD, André-Jean; et all. Trad.: Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁶⁰⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁰⁷ *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 297.

Assim é que, em promoção da justiça restaurativa, como novo modelo de promoção da justiça material nos JECs, os conflitantes devem ser interiormente tratados por meio da mediação que lhes permita o conhecimento da *outridade*, e, com isso, também, o autoconhecimento, facilitando não apenas o simples entabulamento e a homologação judicial da composição de danos, mas uma verdadeira (re)conciliação de amor ou de coração entre eles, preferindo-se a pacificação do conflito penal à decisão do caso penal, pois é desiderativo do Direito o bem do homem, ser individual e também social, exigindo de sua autoconsciência o reconhecimento da dignidade alheia, integrando o eu ao outro.

Não se deve negar a promoção da justiça restaurativa sob o argumento de que a função de mediar conflitos, tratando o sentimento dos envolvidos, não é do Judiciário, pois se o homem é um ser, reconhecidamente, físico, emocional e espiritual; se o direito a ter sentimentos bem como o respeito a eles integra o rol de direitos humanos em todas as suas gerações; se os direitos, além de exercidos, podem e são sentidos pelo indivíduo e pela sociedade; se segurança jurídica (1.^a geração de direitos humanos) e progresso social (2.^a [direitos sociais] e 3.^a [justiça distributiva, princípios da fraternidade e da solidariedade] gerações de direitos humanos), numa certa ordem, são também sentimentos, aquela se identificando com a certeza da segurança e o próprio sentimento de tranqüilidade espiritual e estabilidade emocional que ela própria traz; esta com o sentimento de paz e bem-estar social que promove; se o crime, entre os ilícitos, é o que há de mais injusto e aviltante aos sentimentos humanos, afetando diretamente a vítima em particular; se a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e como esses escopos também podem ser considerados sentimentos; impõe-se concluir que a verdadeira justiça material deve laborar, tratar e restaurar sentimentos (o que pode ser concretizado por meio da mediação nos JECs), antes de atender aos interesses individuais em questão.

Emaranhado às díades “certeza-segurança”,⁶⁰⁸ sentimentos próprios da segurança jurídica como anelo do Direito, e paz e bem-estar, tangentes ao progresso social também almejado pelo Direito, está o binômio “justiça-ordem” ou “ordem justa”, cuja coimplicação é, por vezes, bipolar, e, sempre, complementar

⁶⁰⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

dialética⁶⁰⁹. Assim, não se nega a máxima garantista de Ferrajoli⁶¹⁰ quanto à necessidade de maximização das liberdades com minimização do poder intervencionista estatal, sendo imprescindível, deveras, encontrar o equilíbrio desse binômio de forma a atender à tríplice finalidade do Direito.

A máxima sobredita pode ser concretizada por meio da composição de danos nos JECs, que, entre outros efeitos, sempre favorecerá o suposto autor do fato, desde simples atenuante, passando por minorante, até ser causa extintiva da punibilidade em alguns casos.

O que não se admite, quanto às infrações de menor potencial ofensivo, é a sinonímia entre a minimização do poder estatal e a sua abolição na esfera penal, sob pena de se propiciar, em vez da segurança jurídica, o sentimento social de insegurança; em vez do progresso social, o nefasto fenômeno da anomia; em vez da justiça, a injustiça pelo descaso dos bens jurídicos da vítima *in concreto* e da sociedade *in abstracto*.

O Direito – que só pode ser justo – não admite suficiência bastante para seu real significado, simplesmente, pelo fato de ter sido formalmente elaborado, interpretado ou aplicado, não se confundindo com sua vigência ou validade formal, devendo ter por fundamento um porquê e um para quê, tendo por estribo a sua própria finalidade, daí a importância de se realçar o papel dos JECs quanto à tridimensionalidade teleológica do Direito.

Os JECs podem contribuir para a tridimensionalidade finalística do Direito conforme as conclusões que se seguem, cumprindo, por oportuno, iterar que seus três fins, por vezes, dialetizam-se, mas não se excluem, e sim concrestem em um processo *in fieri* de complementação dialética.

Quando esses fins são atendidos na concretização do ideal de construção do Estado (Social) Democrático de Direito, as respectivas finalidades passam da coalescência à concrecência, edificando referido Estado, materializando a Constituição e tornando as pessoas melhores do que já eram, pois restauradas em

⁶⁰⁹ Reale esclarece que “A propósito destes valores que estamos analisando, cabe observar que a díade ‘justiça-ordem’ põe-se como *valor-fim* em relação à díade ‘certeza-segurança’, que, sob este prisma, apresenta-se como *valor-meio*, muito embora possam ser *valor-fim*, sob outros focos de estimativa, o que tudo está a demonstrar o caráter dialético da realidade histórica [...]”. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

⁶¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

seus sentimentos e satisfeitas em seus interesses, por meio da mediação, do diálogo, do respeito mútuo e da (re)conciliação.

Como os três fins do Direito (segurança jurídica, progresso social e justiça material) estão enleados de forma indissociável, passa-se à conclusão de sua análise de maneira conjunta, consoante as razões que se seguem:

Ao se abordar a mediação como instrumento destinado à promoção da justiça restaurativa pelos JECs, admitiu-se a necessidade de tratamento dos sentimentos dos envolvidos-conflitantes, precedentemente às propostas conciliatórias possíveis segundo o caso penal em questão.

Perfilhando-se o entendimento de que os sentimentos são direitos humanos, não se pode desconsiderar a liberdade dos conflitantes (portanto, também da vítima) de buscar nos JECs a solução do conflito penal em que envolvidos nem o desejo do suposto autor do fato em não se ver processado ou condenado desnecessariamente, também como verdadeiros sentimentos.

Quando se labora com a noção de Direito justo e com a promoção da justiça restaurativa e da tridimensionalidade teleológica do Direito, os homens se tornam melhores, porque sua natureza individual se volve ao social, vendo-se cada qual na *outridade*, reconhecendo seus pares como irmãos, mesmo que desconheçam a identidade da maioria, pois seus sentimentos se transformam.

A título de ilustração quanto ao caráter sentimental da liberdade, toma-se o Brasil com o advento da Lei Áurea de 1888. Àquela altura, muitos proprietários de escravos se sentiram não apenas desfalcados em seus patrimônios, mas coarctados em sua liberdade de manter seus escravos, sendo acometidos de muita revolta, de um sentimento negativo em relação a seus semelhantes (os negros) muito forte. Na verdade, muitos continuaram, enquanto puderam, subjugando alguns escravos mesmo após a abolição da escravatura, insubordinando-se contra a lei e o Estado, acreditando que essa insubordinação ao mandamento legal era acertada, pois não respeitavam o valor da lei posta.

Passado pouco mais de um século, não apenas a realidade mudou, como os sentimentos se morigeraram. Atualmente, ninguém (embora alguns, em verdade bem poucos, desejassem poder escravizar outros) se sentiria ultrajado ou diminuído em sua liberdade por não poder ser escravista, pois os homens, em geral, melhoraram; seus sentimentos se morigeraram, a ponto de criar uma

consciência social de respeito a valores como dignidade, liberdade, igualdade, com um olhar voltado ao outro, e não apenas a si mesmos.

O sentimento de liberdade havido outrora sofreu uma metanóia positiva, abandonando o exagero da individualidade em favor do próximo e do social, constatando-se, aqui, o caráter educativo do Direito. O respeito ao semelhante se intensificou e a sociedade se tornou melhor, criando, como certeza, um consenso social de que a escravidão não apenas é ilegal, como o sentimento de que ela é execrável; a todos, repugnando. Esse é um efeito nítido de integração social do Direito, incluindo o Penal.

Essa integração social trouxe não apenas segurança jurídica aos negros, mas a toda a sociedade, que, no aspecto específico da execução da escravidão, como de maneira geral, tornou-se melhor, mais humana, tendo sido este processo de edificação do Direito não apenas um fator de segurança jurídica, mas também de progresso socioeconômico com a inclusão social do negro, ainda em processo de construção.

Conquanto toda essa transformação sentimental, de respeito a valores sociais e da realidade jurídica seja positiva, ela se apresenta muito aquém do dever ser do homem e do Direito justo a ser construído à imagem e semelhança daquele.

A realidade atual quanto ao ser do homem e o que o Direito “é” não basta, pois o Direito é programático (“é sendo”). O homem é, ao mesmo tempo, um ser que também é seu dever ser, estando em constante evolução, assim como seus sentimentos se transformam altruisticamente e com eles o próprio conceito jurídico e sentimento de liberdade se edificam. Indubitavelmente, a realidade jurídica e os sentimentos ainda estão distantes da idealidade, mas, paulatinamente, o homem abrirá mão de sua individualidade em favor do próximo, sem que isso afete seu sentimento de liberdade, mas ao contrário, satisfaça-o como ser humano que é e que também deve ser.

O Direito, assim, possui uma função pedagógica: a) em curto prazo força o homem e restringe a sua liberdade; b) em médio, conscientiza-o, fazendo-o reconhecer o próximo e refletir sobre si, sobre o outro e sobre todos, sentindo-se eticamente obrigado a abrir mão de parte de sua liberdade, até para poder assegurá-la na justa convivência social ordenada; c) em longo prazo, o homem transforma-se e com ele seus sentimentos, sentindo-se mais livre para poder obrar e lutar pelo próximo, buscando, na felicidade do outro, a própria felicidade e a razão de ser.

Ainda assim, o homem sempre será um ser que, concomitantemente, é seu dever ser inatingível; e o Direito, um eterno projeto de edificação do justo, que “é sendo”.

A justiça substantiva presta adminículo ao progresso social na medida em que torna a sociedade mais justa, homogênea, horizontal, solidária, e, ao fim, as pessoas mesmas melhores do eram, porque, materialmente, mais iguais e próximas umas das outras, mantendo, assim, o equilíbrio jurídico reticular em ratificação a todos os três fins do Direito, ainda que, em casos concretos, algum deles seja, apriorística e aparentemente, negado.

O ideário constitucional de justiça social, próprio do Estado de Direito hodierno, torna injuntivo o amálgama das liberdades com a justiça social, sendo inconcebível a edificação do progresso exclusivamente sob o ponto de vista econômico, impondo a este a condição de fator do progresso social.

Assim, liberdade e justiça social devem caminhar de mãos dadas, permitindo-se democracia política e econômica de forma a garantir a liberdade individual, mas com respeito a direitos essenciais como, entre outros, a educação e a saúde, não se podendo supervalorizar a segurança jurídica, máxime a pública, sem uma forte dose de justiça material que a trate na base, nas causas, e não apenas repressivamente nas conseqüências, sob pena de se incorrer no círculo vicioso excludente, injusto e desumano da marginalização da maioria para a ulterior criminalização desses marginalizados como um recurso mais barato ao progresso econômico neoliberalista míope ao progresso social idealizado na concepção de Direito justo em seu aspecto duplamente tridimensional.

Todavia, se de um lado a justiça social deve ser atendida; de outro, em equilíbrio, a segurança jurídica impõe-se premente, sob o critério também do justo, a ponto de tornar imperativo o respeito às liberdades individuais, consideradas sob o critério da manutenção da paz e do bem-estar dentro de uma convivência social ordenada, que pode ser promovida pelos JECs em seu múnus mediatário e (re)conciliatório.

A segurança traduz-se em um sentimento de certeza de proteção e garantia da paz social, individual e espiritual, de bem-estar do homem consigo e em sociedade, ou seja, trata-se de um complexo de sentimentos de paz, certeza, justiça, perdão, tolerância, sinceridade, amor, satisfação, compensação, que podem ser constatados, *v.g.*, entre a vítima e o suposto autor do fato, como também tratados e atendidos, após

passarem pelo procedimento de mediação judicial nos JECs, culminando ou não com composição de danos e/ou transação “penal”.

Os JECs podem cumprir bem o seu papel de segurança jurídica, apresentando-se imediatamente para solucionar qualquer lesão ou perigo dela a todo e qualquer bem jurídico de sua alçada.

Eles também são instrumentos destinados ao progresso social, pois, promovem, por meio da paz intersubjetiva, a paz e bem-estar geral, propiciando, aos conflitantes, o auto-reconhecimento de suas falhas ao conhecerem melhor um ao outro, bem como os respectivos sentimentos que desembocaram no conflito penal, permitindo ao suposto autor do fato alcançar a voz, até então inaudível, de sua consciência, *i.e.*, do que fez e do que pode fazer para remediar as conseqüências de seu comportamento sem que haja reprovação deste pelo Judiciário (nessa fase não há condenação), mas sim, e apenas pelo próprio suposto autor do fato, que passar a ver e a ouvir melhor a voz da razão, da verdade e de sua consciência, após o (r)estabelecimento do diálogo pela mediação.

A segurança, como direito e garantia individual, em matéria penal e processual penal, conforme escólio de Salo de Carvalho, está jungida a dois princípios constitucionais: “(a) o *princípio da legalidade*” [...] e (b) o princípio da *jurisdicionalidade*”⁶¹¹.

O Direito deverá alcançar dois aspectos da segurança jurídica: um relativamente objetivo decorrente da eficácia e validade (formal e material) de seu sistema normativo, daí a necessidade das propostas *de lege ferenda* neste trabalho; outro, de caráter subjetivo, constatado no sentimento humano coletivo de tranqüilidade espiritual advindo da certeza quanto à eficácia (efetividade) e validade do Direito (valor de seu propósito), o que poderá ser verificado com a (re)construção dos JECs, segundo todas as propugnações apresentadas tanto *de lege lata* quanto *de lege ferenda*.

Segurança e certeza são coimplicatórias e complementares, segundo o princípio da solidariedade axiológica, porque quanto mais o Direito justo se torna certo, mais gera condições de segurança nos aspectos objetivo (a eficácia da norma constitui fato) e subjetivo (sentimento de tranqüilidade e de paz espiritual), o

⁶¹¹ CARVALHO, Salo. “Cinco teses para entender a desjudicialização material do processo penal brasileiro”. In CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 93.

que pode ser edificado por meio da mediação dos conflitos penais e dos institutos conciliatórios dos JECs, na tentativa de promover a felicidade das vítimas o máximo possível, com o mínimo sofrimento necessário ao suposto autor do fato, segundo a fórmula do utilitarismo garantista adotada neste trabalho.

Por meio da “incerteza decorrente da certeza apenas relativa de segurança jurídica” (aspecto tangente ao sentimento), associada à complementaridade finalística triásica do Direito, revela-se a instabilidade do mundo, *i.e.*, se a certeza é relativa e o Direito, como produto cultural, é provisório, porque nunca é um produto acabado, quanto mais completo ele for, em sua tridimensionalidade elementar e teleológica, quanto mais contextualizado e menos fragmentado estiver, mais próximo da certeza, da realidade, do mundo e das pessoas, o Direito estará. Sendo esse o desiderato constitucional dos JECs, aproximar e restabelecer o diálogo e a paz entre os conflitantes, sem deixar passar ao largo de sua apreciação toda e qualquer ofensa a direito, mormente das vítimas, ainda que de simples contravenção.

Não se admite o argumento de que a vítima deve buscar a reparação do dano e a satisfação de seus interesses apenas na esfera cível, alijando-a do espaço penal, pois se ela sofreu as conseqüências da infração penal, no campo (penal) em que esta for tratada pelo Judiciário, a vítima deverá ter o direito de estar, ser ouvida e ter atendidos, na medida do possível, seus interesses.

A segurança jurídica, entre outros fatores, constrói-se com a certeza da eficácia do controle social formal, que deve ter a justiça material como referencial para fazer cumprir o ordenamento sempre que afetado, permitindo a convivência ordenada de todos.

Quando se afirma que o Direito Penal deve incidir sempre que suas normas forem afetadas por alguma conduta individual ou atividade societária, reconhece-se a necessidade de sua aplicação inderrogável como mecanismo de garantia da segurança jurídica, respeitando-se todos os princípios de direito, em especial, os direitos fundamentais do delinqüente.

Não se prega uma política criminal de intolerância radical, pois a segurança jurídica não tem como fator o rigor da sanção penal; ao revés, a severidade da reprimenda desnecessária e desproporcional gera insegurança pelo elevado poder de intervenção conferido ao Estado, somado à certeza histórica de que todo Estado

tende a abusar de seu poder, consoante admoestação de Roberto Lyra Filho^{612, 613}, o que se está a asseverar, sim, é que para a otimização da eficiência do Direito Penal, suas normas, quando justas, tenham aplicação inderrogável, sempre que os princípios jurídicos concernentes recomendarem como ideal de justiça, ou seja, afastados os casos não comportados pelos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, toda afetação de bem jurídico deve implicar a necessária intervenção do Estado, mesmo que seja para dar uma solução mediatária ou (re)conciliatória.

Afinal, o Direito Penal existe para tutelar, genericamente, os bens jurídicos mais relevantes (princípio da subsidiariedade) contra as condutas que, especificamente, afetem-nos de forma grave (princípios da fragmentariedade e da ofensividade) e socialmente intolerável (princípio da adequação social).

Portanto, o Direito, ao ser produzido, deve primar por sua validade formal (vigência) e material (valor), em esteio democrático a ponto de também garantir a sua legitimidade e eficácia, destinando-se, em caráter complementar e inseparável de seus demais desideratos, à promoção do sentimento de segurança carecido pelas pessoas, mormente das vítimas *in concreto*, que devem estar autorizadas e ser trazidas aos JECs para ter o direito de serem tratadas e atendidas em seus sentimentos e interesses, em busca da tranqüilidade espiritual advinda da certeza (pres)entida pela efetiva proteção de seus bens jurídicos.

Reconhecem-se, como fitos do Direito, a necessidade de se garantir a segurança jurídica, sendo ela de ordem objetivo-subjetiva, devendo conjugar fato e sentimento, pois segurança jurídica é fato, tal qual a norma eficaz o é, mas também é sentimento individual que se espraia pelo seio social lastrando a certeza de tutela eficaz dos bens jurídicos, pela eficácia das normas justas e pela eficiência das atividades realizadas pelos JECs na solução mediatária dos conflitos penais, cujo efeito gera a sensação de tranqüilidade e paz espiritual, *i.e*, de segurança mesmo.

⁶¹² LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

⁶¹³ No capítulo anterior, foram citados, como exemplos de abuso do poder estatal: o AI 5/1968 no Brasil e a legislação nazista na Alemanha. Barroso aponta como forte fator de “decadência do positivismo” a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. “Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 325.

A segurança jurídica é coimplicativa ao progresso social e com ele, ambos se complementam, pois labuta pela convivência social ordenada, pacífica, útil à paz e ao bem-estar de todos, que, por sua vez são ingredientes do progresso, o qual, por ter cunho ontologicamente social, também é e deve ser justo, tal qual é e deve ser o Direito e, ainda, por que não o próprio homem (ao menos o virtuoso), se aqueles efeitos são produto de sua criação e projeção de seu criador?!

A finalidade de justiça substantiva deve adequar-se à realidade social, garantindo, à sociedade, utilidade social justa, considerando a sociedade em seu aspecto plural e o princípio da igualdade material como desiderato. Portanto, importa considerar a utilidade das normas justas para a promoção do bem-estar social, abandonando as propugnações ideais de cunho lógico-abstrato sem conteúdo pragmático, quando em descompasso com a realidade social presente.

O suposto autor do fato e o réu têm o direito a ser tratados como inocentes, mas a real condição de culpados ou não, bem antes do trânsito em julgado, já está na consciência (“com ciência” do fato e da autoria) deles, impondo concluir que ninguém melhor do que quem porta a “consciência” do fato e da autoria para bem aferir acerca da conveniência e do benefício das propostas conciliatórias nos JECs.

A mediação é um procedimento importante também para se permitir ao suposto autor do fato ouvir a sua consciência, instando memorar a advertência de Carnelutti de que “a regra ética não fala senão à consciência”, mas que “nem todos os homens [...] são sensíveis à sua voz”.⁶¹⁴

O utilitarismo garantista impõe a eficiência dos serviços públicos, entre eles, o da prestação jurisdicional. Quanto mais esta for eficiente e justa, mais bem edificados estarão o progresso social e a segurança jurídica.

A eficiência na prestação jurisdicional, erigida como princípio constitucional (art. 37, *caput*, da CF/1988), deve estar comprometida com o Direito justo e com a construção do Estado (Social) Democrático de Direito, em busca da segurança jurídica e do progresso social, pelo que não se está a propugnar uma corrida por eficiência dos procedimentos judiciais preliminares ou dos processos penais a qualquer custo, de tamanha ordem que imponha acentuada celeridade por meio da simplificação e informalidade, cujo preço seja a elisão dos direitos fundamentais,

⁶¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 103.

especialmente quanto à ampla defesa e ao devido processo legal na fase processual dos JECs.

Não se é favônio a nenhuma radicalização, em prol da promoção eficaz da segurança jurídica e do progresso a qualquer custo nem da política radical nova-iorquina de “tolerância zero”, mas de uma política de (in)tolerância equilibrada e razoável em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo, dando-se ao Estado mecanismos para maior eficácia na prevenção da criminalidade, seja ela de que grandeza for, ainda mais quando é cediço que a impunidade atua como um dos fatores de criminalidade e de insegurança, estorvando o progresso socioeconômico, bem como é consabido que, geralmente, graves crimes começam por meio de pequenos delitos e contravenções que quase sempre transcorrem impunes ou mesmo sem resposta e tratamento estatal consentâneos, pelo que os JECs, tal qual idealizados constitucionalmente, são bem-vindos, não como agências exclusivas de criminalização, mas de promoção da segurança jurídica, pela efetividade e certeza da tutela dos bens jurídicos e do progresso social, pela paz e bem-estar que eles têm potencial para edificar.

Na esfera penal, como expressão da promoção de justiça material, apenas nos JECs, não apenas se autoriza, como também se chama a vítima e o suposto autor do fato (conflitantes) para a solução do conflito penal por meio da mediação e da conciliação, buscando-se, ainda, evitar a aplicação de pena, mormente da privativa de liberdade e até a instauração do constrangedor e, na maioria das vezes, desnecessário processo penal, além de se evitar o estigma decorrente da condenação penal, sendo nessa esteira, conveniente estender-se seus institutos conciliatórios até a fase das alegações finais sem os adstringir ao estágio da audiência preliminar pré-processual.

O paradigma da promoção da justiça pela punição, retribuindo-se um mal praticado pelo infrator por outro aplicado pelo juiz, implica um resultado que “não altera a vida das vítimas”, sendo, em relação a elas, inócuo e até iníquo, máxime, quando de seu estado de derrelição pela Justiça Penal, a vítima anula-se, suicida-se ou, em busca de vingança e/ou de solução para seu caso penal, lesiona ou mata seu agressor. Por isso a mediação e a composição de danos são ganhos relevantes atribuídos ao Direito Penal pátrio.

A díade “justiça e ordem” pode ser pensada objetiva e subjetivamente. Objetivamente, como sendo a “ordem justa”, o direito posto (mas não imposto) que

garante segurança e bem-estar geral justos. Subjetivamente, por estar impregnada da “virtude de justiça”, pois a justiça é um sentimento ou uma “virtude”. Assim, o bem-estar geral não pode ser aferido em uma concepção de mera maioria, devendo considerar como fator de aferição o bem-estar da pluralidade social, constituída da maioria e das diversas minorias, em respeito ao princípio da igualdade com a garantia de tolerância e respeito às diferenças.

A justiça – esclarece Reale⁶¹⁵ – representa um valor franciscano, do ato de dar, de distribuir ao próximo, *i.e.*, impõe cuidados e proteção do hipossuficiente. Por isso, justiça é dar a cada um, segundo as suas necessidades e interesses individuais (assim deverá ser tanto para vítima quanto para o delinqüente), sem fugir do dever quanto à manutenção da convivência social ordenada, colimando-se concretizar o bem comum com a construção de uma sociedade mais homogênea em termos de estratificação social, cujos estratos devem ser cada vez menos verticais e cada vez mais arrefecidos pela igualdade material de todos, respeitando-se, sempre, a pluralidade social e sendo tolerante com as diferenças dos grupos minoritários.

Dessarte, a justiça não é um valor que tenha um fim exclusivamente em si mesmo, mas é um valor supremo que permite fazer com que todos os outros valores, efetivamente, valham, numa harmonia coerente de idéias e de atitudes, impondo-se arrematar que sem o pilar do justo não haverá ordem nem segurança jurídica, muito menos progresso social, embora também não se possa pensar em uma base que não seja concreta, pois sobre o meramente etéreo, nada concreto se sustenta, tirante o pensamento existente, ainda assim abstrato enquanto não materializado.

As propostas deste trabalho permitem a (re)construção dos JECs, no fito de adequá-los, respeitando os direitos fundamentais dos conflitantes, à solução mediatória, pacificadora e (re)conciliatória nos conflitos penais envolvendo infrações de menor potencial ofensivo, função essa que deverá ser manobrada por agentes públicos capacitados para a realização desse ideal, comprometidos em dar vida e sentido útil à justiça material, à segurança jurídica e ao progresso social:

a) Permitindo a edificação da Constituição em sua concepção material, tornando vivo o texto constitucional com a promoção do bem de todos (art. 3.º, inc. IV), tendo por diretriz o bem comum, a ser construído pensando-se no indivíduo e no coletivo, como ideal de justiça material penal;

⁶¹⁵ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

b) Atendendo ao objetivo fundamental do Estado (Social) Democrático de Direito consagrado no texto constitucional (art. 3.º, inc. I), quanto à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária:

b.1) Mais livre, porque, o Estado, desnecessariamente, não processa nem condena na esfera criminal; antes, pelo contrário, medeia, apazigua e (re)concilia;

b.2) Mais justa, porque, de um lado, tenta compor o dano sofrido pela vítima de forma célere e econômica; de outro, porque, buscando a máxima felicidade possível do ofendido, fá-lo sem maiores constrangimentos ao suposto autor do fato, ou seja, atende os dois lados do conflito, em promoção da justiça restaurativa e solidária, tendo por orientação a mediação e o utilitarismo garantista quanto à solução (re)conciliatória que se apresenta como objetivo legal, ouvindo e tratando os conflitantes em seus sentimentos, procurando também atender a seus interesses, ou seja, aos da vítima, pelo acréscimo de felicidade; aos do suposto autor do fato, pela diminuição de seu sofrimento, humanizando-se o Direito Penal em relação a este, sem o esvaziar de utilidade individual para o ofendido e social, em sua função de prevenção geral do crime, considerando os valores e ideais do Estado (Social) Democrático de Direito e a necessidade de convivência social ordenada;

b.3) Mais solidária, porque o Estado passa a ser mais solícito com os conflitantes, semeando, pela mediação, a fraternidade entre eles, porquanto, ao suposto autor do fato, dá oportunidade à reparação do dano, à edificação de seu respeito pelo outro, à demonstração sincera de seu arrependimento; ao ofendido, permite a reparação de seu prejuízo, o arrefecimento de seu sofrimento e a liberação de perdão, propiciando, em alguns casos, mais do que o mero restabelecimento do *status quo* intersubjetivo e social anterior ao conflito penal, isso quando a mediação nos JECs consegue como resultado, além da (re)conciliação, tornar melhores os conflitantes e, de forma geral, a sociedade, satisfazendo, dessarte, a finalidade do Direito em todas as suas dimensões, pois a sociedade se torna melhor e progride, quando mais justa e segura (“efetividade do socialmente justo”);

c) Permitindo a realizabilidade e a edificação da tridimensionalidade teleológica do Direito, impondo-se que, por meio de normas penais justas e da promoção de justiça substantiva na atividade judicial extraprocessual, bem como na aplicação e na execução das decisões judiciais, promovam-se segurança jurídica e progresso social, não se devendo ignorar ou desconsiderar, salvo os casos afastados pelo princípio da insignificância, nenhuma infração penal, mesmo que seja

mera contravenção, pois é a certeza da presença estatal diante de qualquer caso penal, da tutela eficiente dos bens jurídico-penais, da pronta resposta do Judiciário aos casos penais a ele apresentados, mesmo que seja para a mediação sem jurisdição, para a (re)conciliação sem processo, que o Estado garantirá o sentimento e a certeza da segurança jurídica, propiciadora, por conseguinte do progresso social.

Em suma, quanto aos fins do Direito, os JECs atendem:

a) À segurança jurídica, pelo fato de o Estado estar dando uma resposta imediata a um conflito ou caso penal sem vender seus olhos à criminalidade, sem fazer ouvidos mucos ao anseio social preventivo e de segurança, e, em particular, à pretensão indenizatória da vítima com o tratamento mediatário, apaziguador e solucionador do conflito penal;

b) Ao progresso social, efetivando o sociamente justo, promovendo a paz e a ordem justas mediante a mediação e a (re)conciliação, dando uma solução ou decisão imediata e mais econômica aos conflitos penais, que contribua para a democratização da Justiça, evitando a prescrição, satisfazendo a coletividade, permitindo à vítima ter seus danos reparados, de forma econômica e gratuita, sem a necessidade de postular a reparação na esfera cível, assim como a livra de uma sofrida e desalentadora espera, diminuindo com maior eficácia, por fim, o crescimento da criminalidade, sabendo-se que o descaso estatal em relação às infrações de menor potencial ofensivo atua, entre outros, como fator criminógeno;

c) À justiça substantiva, cuja consecução deverá dar-se por meio da observância de seus objetivos expressos: reparação de danos e evitação de pena privativa de liberdade, garantindo, dessarte, a justa composição de danos, no escopo da satisfação da vítima, propiciando-lhe a máxima felicidade apregoada pelo utilitarismo garantista e uma resposta imediata do Estado em relação ao caso penal que se lhe apresenta, coarctando o sofrimento do suposto delinqüente ao mínimo necessário, sem a instauração de um constrangedor processo penal e a inflição desnecessária da sanção penal e sem os estigmas sociais dela decorrentes ou, ainda, caso seja processado e condenado nas hipóteses de inviabilidade conciliatória, que a pena, sempre justa, adequada, necessária e proporcional, não lhe retire, sempre que possível, a liberdade deambulatorial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Textos impressos

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ARNAUD, André-Jean; *et alii*. Trad. Patrice Charles, F. X. Willaume. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e da aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del derecho*. v. II. Madri: Tecnos, 1992.

BARROS, Orlando Mara de. *Dicionário de classificação de crimes*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Weber Martins. FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. São Paulo: Abril Cultura, 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/01*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. *Novas penas alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n.º 9.714/98*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Tratado de direito penal: dos crimes contra a pessoa*. 8. ed. rev. atual. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Unb, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5.^a ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

_____. *Direito Constitucional: e teoria da constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados especiais criminais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CEGALLA, Domingos Paschoal. *Dicionário de dificuldades da língua portuguesa*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. bras. Campinas: Bookseller, 1998, t. III.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, abril/junho 1978, 12(2), p. 139-161.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Jacinto Néelson de Miranda. “Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional”. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS, Ivo. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Juará, 2001.

_____. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais: comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 8. ed. Madrid: Taurus, 1992.

DIDIER Jr, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. Salvador: Podivm, 2007.

DIMENSTEIN, Gilberto. *Cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos*. 21. ed. São Paulo: Ática, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico – a/c. vol. I*. 2.ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Código civil anotado*. 11. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO JUNIOR, Joel Dias. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei 9.099, de 26/09/1995*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Ética, direito & justiça*. São Paulo: LTr, 2004.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no ministério público*. Barueri: Manole, 2003.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Juizados especiais criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *Direito penal: introdução à teoria geral da parte especial crimes contra a pessoa*. V. 2. Niterói: Impetus, 2005.

_____. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000.

_____. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

HOROWICZ, Ricardo. *Luz, cores... ação: A ótica e suas aplicações tecnológicas*. São Paulo: Moderna, 1999.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal: Arts. 11 a 27*. 3.ed. rev. atual. v. I. t. 2. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. de. *Direito penal: parte geral*. 23. ed. v. 1. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática: texto integral*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Col. Stvdivm. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução: Fátima Sá Correia. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAUZID, Francisco de Assis Santos. O delito de embargo à ação fiscal e a persecução criminal. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*. Ano 2. v. 2. dezembro-2007. ISSN 1980-5535.

_____. *Abordagem dialógica sobre a composição de danos nos juizados especiais criminais*. Belém: UFPA-ESA, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados especiais criminais: nas formas das Leis 10.259/01, 10.455/02 e 10.741/03*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos e instrumentalidade garantista*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v.2. Atualizada por Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público: tratados e convenções*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1988.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* 1.^a parte. v. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25 ed., São Paulo: Ed. RT, 1999.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV (Q-Z). 2. ed. Trad. Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno e Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MORAES, Maria Cândida. *Pensamento eco-sistêmico: educação, aprendizagem e cidadania no século XXI*. Petrópolis: Vozes, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Juizados Especiais Criminais*. Salvador: Edições Podivm, 2007.

NERY JÚNIOR, Nélon. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. atual. São Paulo: RT, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 30. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direito penal: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*. 19.ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Código penal comentado*. 4.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Benedito. *Heidegger & ser e tempo*. 2. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASCAL, Georges. *Compreender Kant*. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2005.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. SP: Malheiros, 1997.

PORTO, Walter Costa (org.). *Constituições brasileiras: 1937*. 2. ed. vol. IV. Brasília: Senado Federal, 2001.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral arts 1 a 120*. v.1. 6.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvo. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. 30. ed. atual. São Paulo, Saraiva 2002.

RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. A natureza jurídica da transação penal. *Boletim IBCrim*. São Paulo, n. 49, pp. 3-4, dez. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 2002.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova Revista de cultura e política - Sumário governo & direitos*. n. 39. a. 1997.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Col. História Constitucional Brasileira. Brasília: Senado Federal, 2005.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novissimo dicionario latino/português*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, s.d.

SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Ronovar, 2003.

SEARLE, John. *O Mistério da consciência*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Mediação no direito de família. *Prática Jurídica*. Ed. Consulex. n. 68. a. 2007. pp. 36-37.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e sinais*. 3. ed. rev. mod. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 3. ed. v. .I. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Prática de processo penal*. 27.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. 2.ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 7.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v.1. 2. ed. Florianópolis, Habitus, 2001.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre *et alii*. *Diálogos sobre a justiça dialogal: tese e antítese sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *et alii*. *Direito penal brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Textos extraídos da internet

HERNANDES, Paulo Antônio Outeiro. *Glossário de gramática e língua*. Disponível em <<http://www.paulohernandes.pro.br/glossario/indice.html>>, consulta feita em 24/6/2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público*, texto consultado da internet, no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11&p=1>, em 10/6/2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal*. Disponível em <http://web.domhelder.edu.br/download/A_CONSTRU%C7%C3O_DA_JUSTI%C7A.pdf>, consulta feita em 8/6/2008.

Regras de Tóquio. *Prevenção do crime e justiça penal*. Consulta em 29/2/2008, no site <www.jep.org.br/downloads/JEP/SistemaGlobal/regras_toquio.htm>.

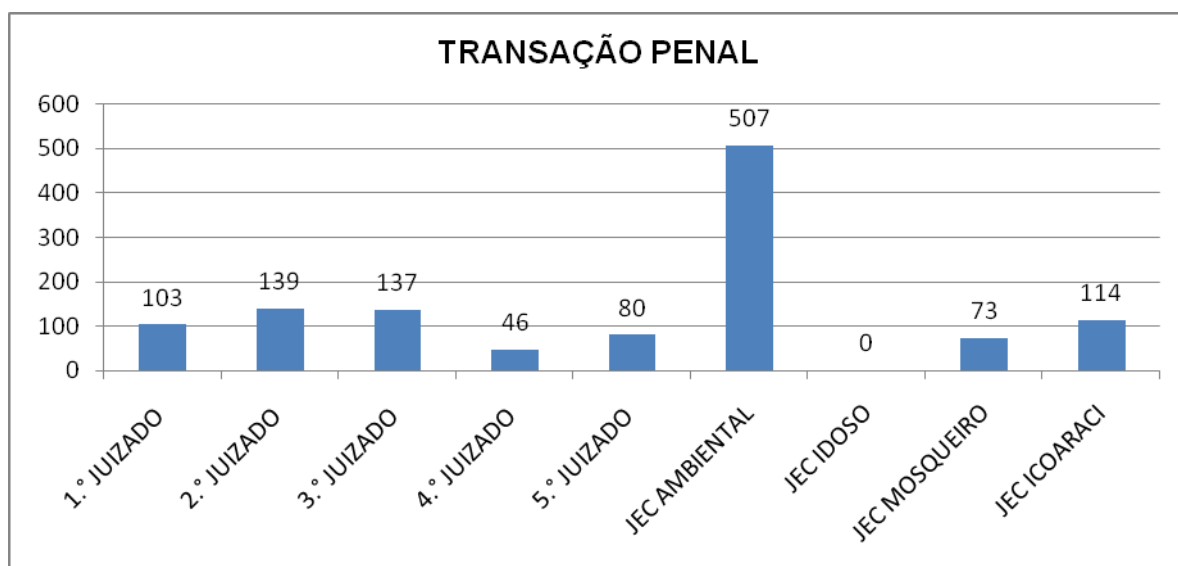
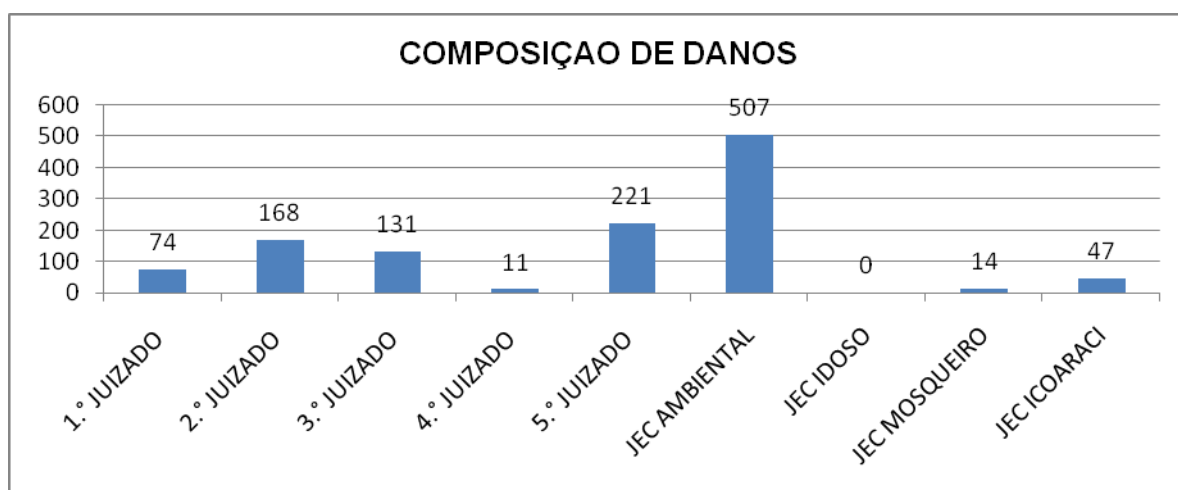
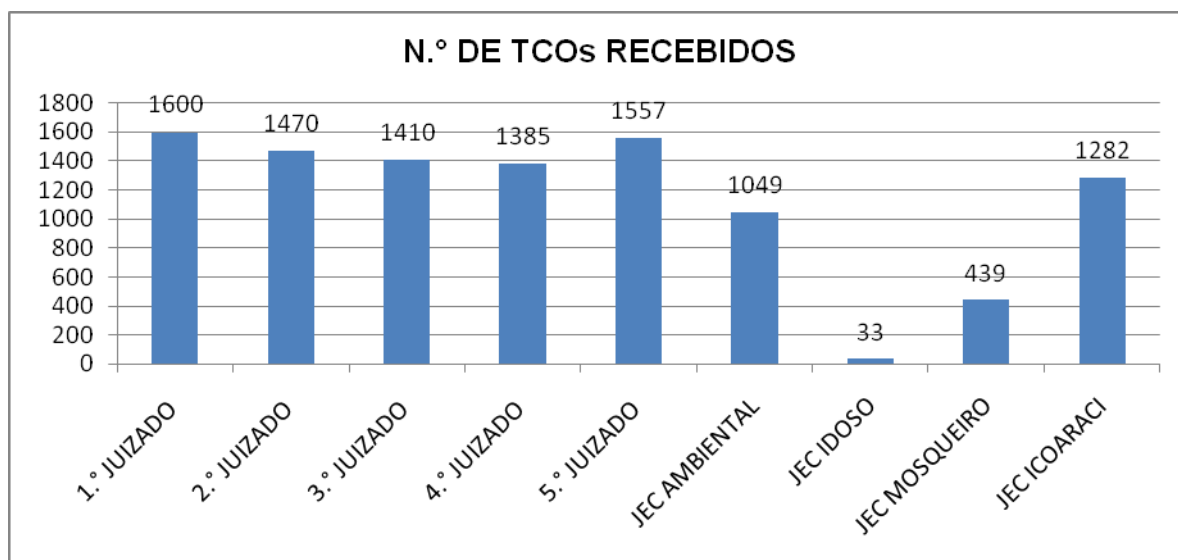
ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa*, 2006. Disponível em <www.rolim.com.br/2006/index.php>, consulta feita em 30/6/2006.

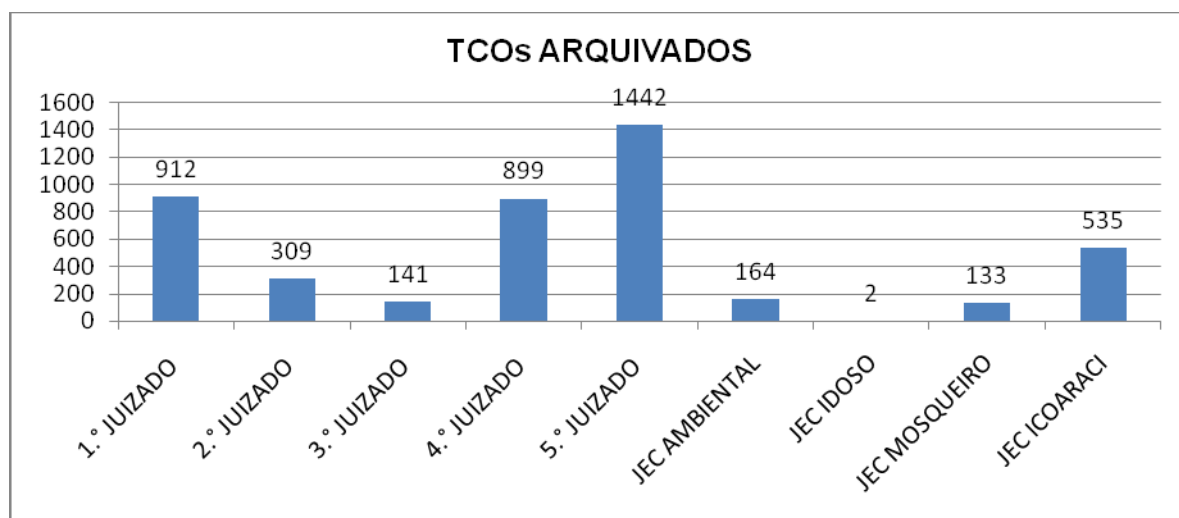
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>>, consulta feita em 22/6/2008.

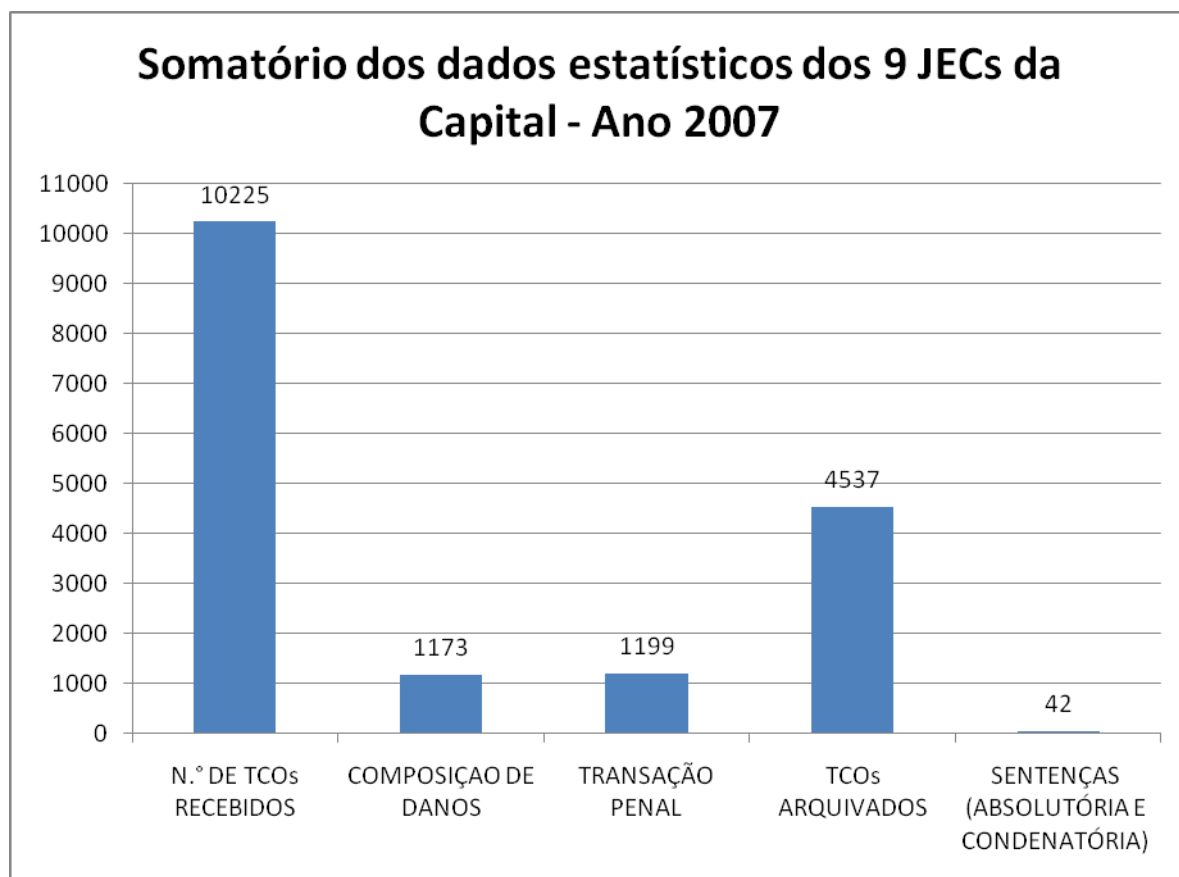
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Pronunciamento feito no Seminário Direitos Humanos das Mulheres, evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos, no dia 25 de maio de 2000, na Câmara dos Deputados, Brasília, DF, sob o título *Cançado Trindade questiona a tese de "Gerações de direitos humanos" de Norberto Bobbio*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>, consulta feita em 9/3/2008.

VARGAS, João Protásio Farias Domingues de. *Tentando definir direitos humanos: elementos para uma teoria geral*. Disponível em <<http://www.direito.ufrgs.br/pessoais/Protasio/tex/dh.htm>>, consulta feita em 7/7/2007.

Apêndice A – Dados estatísticos dos JECs da Capital – Ano 2007





Apêndice B – Total dos dados estatísticos dos JECs da Capital – Ano 2007⁶¹⁶

⁶¹⁶ Apêndices A e B confeccionados por meio dos dados obtidos mediante requerimento feito, em 8/4/2008, à Coordenadora dos JECCs, Des.^{ora} Célia Regina de Lima Pinheiro, que, por meio do Ofício Circular 010/2008-CJE, determinou a todos os JECs da Capital que prestassem as informações solicitadas para a confecção deste trabalho.

Anexo ⁶¹⁷

1) TCO n.º 2008.2015328-3.

Autor do fato: E.V.B.S.

Vítima: G.S.S.

“A vítima tem sua tranqüilidade perturbada pelo autor, por motivo de desentendimentos entre as partes”.

2) TCO n.º 2008.2014512-3.

Autor do fato: J.B.N.P.

Vítima: C.A.B.

“**O presente TCO apura** o crime de ameaça praticado pelo auto do fato através de telefonemas para a vítima ”.

3) TCO n.º 2008.2003297-4.

Autor do fato: E.M.M.

Vítima: E.M.C.B.

“**Procedimento instaurado para apurar** crime de AMEAÇA e DIFAMAÇÃO praticado por E.M.M.M. na pessoa de E.M.C.B.”.

4) TCO n.º 2008.2008.277-1.

Autor: E.S.S.

Vitima: O Estado.

“Apresentação que faz o Policial Militar acima da nacional Elizabete, piauiense, união estável, técnica em enfermagem, RG3005/977, filha de I.S.S e de F.A.S, residente a Rua “X”, **pelo fato desta senhora tentar obstruir o trabalho policial, e desacatar os policiais em serviço.** Relata o fato para as providências cabíveis.”

⁶¹⁷ Dados obtidos na 3.ª Vara do JEC de Belém, na qual se labora como Promotor de Justiça, inicialmente como titular, atualmente como auxiliar do titular, desde junho de 2005. Esclarece-se que as expressões em negrito destacam o histórico do fato, constatando-se que nenhum deles é relatado em mais de duas linhas (extraídas as qualificações desnecessárias na historiagem por terem campo próprio para preenchimento no TCO, tratando-se, portanto, de informações em duplicidade), quando o termo deveria ser circunstanciado. Sobreditos TCOs informam crime de ameaça, crime contra a honra, crime de desacato, contravenção penal, sem a informação efetiva dos fatos [ofensas hipotéticas] que teriam constituído referidas infrações penais. Os nomes e dados tangentes à identificação pessoal dos envolvidos foram omitidos em coerência com uma das propostas deste trabalho.

5) TCO n.º 20082007562-7.

Autor: N.S.P.

Vítima: M.C.P.

“O policial militar retromencionado apresenta nesta seccional o nacional N.S.P, residente na Rua “X”, **o qual agrediu fisicamente sem provocar lesões na nacional M.C.P.**, residente na Av. “X”. Apresenta para os devidos fins. Adita-se para efeito de lavratura do TCO”.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)