A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95*

Alexandre Wunderlich

Advogado Criminal. Conselheiro e Diretor da Escola Superior de Advocacia (OAB-RS). Ex-Presidente do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec). Professor do PPG em Ciências Criminas e Coordenador do Curso de Direito Penal Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Sumário: 1. Introdução: por que escrever sobre o tema? – 2. Algumas premissas: considerações sobre conflito, vítima e processo – 3. A Lei 9.099/1995 e a revitalização da participação da vítima na resolução do conflito: *idolatria do novo* – 4. Da euforia à *praxis*: de novembro de 1995 a outubro de 2003 – 5. Por uma resistência garantista – Bibliografia.

Resumo: O presente texto trata do exame empírico e científico da Lei 9.099/1995 (com suas alterações originárias da Lei 10.259/2001) e sua aplicação no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. A investigação foi realizada durante os trabalhos da Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça (2002).

Palavras-chave: Lei 9.099/1995; vítima; justiça penal consensual; processo penal constitucional; teoria do garantismo penal.

* Este artigo é fruto de conferência sobre "A participação da vítima no processo penal", por oportunidade do 9.º Congresso Internacional do IBCCRIM, São Paulo, out. 2003.

1. Introdução: por que escrever sobre o tema?

A redação de um texto exige motivação. Sobram razões para escrever sobre a justiça consensual e a participação da vítima no processo penal. Duas, especialmente, inspiram-me a redigir este ensaio.

Primeiro, redigir o presente texto é um dever. Devo estas impressões sobre a justiça consensual ao ex-Ministro da Justiça Miguel Reale Jr., a quem sou grato, especialmente pela formulação do convite para integrar a Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça. A comissão[1] presidida por René Ariel Dotti teve como meta a apresentação de um diagnóstico, de propostas legislativas e de ações governamentais no que se circunscreve aos Juizados Especiais Criminais [e à Lei 9.099/1995 com suas alterações originárias da Lei 10.259/2001]. A partir da digna saída do Min. Reale Jr. do Governo Fernando Henrique Cardoso, o trabalho da comissão foi interrompido, pois em apoio incondicional ao então titular da pasta, todos os membros renunciaram. Assim, escrevo primeiramente ao ex-Ministro Reale Jr. e, ainda, aos meus colegas de comissão, as minhas conclusões e sugestões a partir daquela frutífera atividade desenvolvida.

Segundo, escrevo para retomar o diálogo acadêmico sobre a justiça penal consensual que tive oportunidade de iniciar, principalmente com Salo de Carvalho, no PPG em Ciências Criminais da PUC-RS e, ainda, junto ao Instituto

1. "Portaria 384, de 10.04.2002: O Ministro de Estado da Justiça, no uso de suas atribuições, resolve: Art. 1.º Instituir Comissão Especial com a atribuição de realizar avaliações dos Juizados Especiais Criminais, bem como de apresentar, ao Ministro de Estado da Justiça, propostas de iniciativas legislativas e ações governamentais. Art. 2.º Designar para compor a Comissão os seguintes membros: a) René Ariel Dotti, que a presidirá; b) Alexandre Wunderlich; c) Augusto Eduardo de Souza Rossini; d) Fernando Luiz Ximenez Rocha; e) João Marcelo Leonardo; f) Luís Guilherme Martins Vieira; g) Márcio Bártoli; h) Maria Teresa Sadek; i) Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, e j) Theodomiro Dias Neto. Art. 3.º A Comissão, para cumprimento de seus objetivos, poderá convidar outros juristas e especialistas para colaborarem com suas atividades. Art. 4.º A participação na Comissão não enseja qualquer tipo de remuneração e será considerada de relevante interesse público. Art. 5.º A Comissão deverá, no prazo de 180 dias, contados de sua instalação, apresentar relatório das atividades realizadas ao Ministro de Estado da Justiça (...)".

Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec), e que originou o livro *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal.[2] Retornar àquele texto para revigorá-lo e, agora, levá-lo aos interlocutores do 9.º Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais faz parte do processo de crítica do direito e é outro dever que tenho. Seja pela necessidade de reiterar o posicionamento externado na obra, seja para dialogar com aqueles que defendem e/ou quiçá fundam o que denomino de movimento político de idolatria da Lei 9.099/1995.

2. Algumas premissas: considerações sobre conflito, vítima e processo

Penso ser importante iniciar relembrando os significados das expressões conflito, vítima e processo.

Conforme Bobbio, Matteucci e Pasquino "existe um acordo sobre o de que o conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos". "Obviamente o conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre os indivíduos, grupos, organizações e coletividades." Os autores, em comentário ao verbete "conflito", salientam fundamentalmente outra possibilidade de interação entre indivíduos, a "cooperação". Explicam que "qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem".[3]

2. Salo de Carvalho; Alexandre Wunderlich (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. A obra é fruto de amplo debate com os Professores Colaboradores Aury Lopes Jr., Luiz Antônio Bogo Chies, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Geraldo Prado.

3. Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política.* 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. vol. I. p. 225.

Lógico que a expressão suscita uma infinidade de concepções sobre o que seja (realmente) um conflito e como ele se manifesta enquanto fenômeno social. Contudo, diante da dicotomia – *conflito* e *cooperativismo* –, pode-se perceber na sociedade atual que o momento é realmente indicativo de conflito, uma vez que no paradigma de cariz neoliberal, individualista e de consumo[4] não há espaço para a cooperação. Exsurgem, cada vez com maior freqüência, novas espécies de conflitos a partir destas disfunções sociais ocasionadas sobremaneira pela disputa que se instala rumo ao acesso e à distribuição de "recursos escassos". A desarmonia e as desigualdades sociais desagregam as estruturas sociais, reinando o conflito. A situação conflituosa, então, por mais que isso traga mal-estar, sempre existirá, eis que inerente à condição humana. Nesse ponto, concordo com Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar ao perceberem que "não há sociedade na qual todos os conflitos tenham solução, nem se pode afirmar seja indispensável produzir uma solução por via institucional em todos os casos, especialmente se for previsível que a intervenção possa reproduzi-los ou agravar-lhes as conseqüências. É possível, por outro lado, haver conflitos que não tenham composição viável ou culturalmente aceitável e que, não obstante, requeiram resposta formal".[5]

Importa, então, estabelecer o conceito de conflito social, o conflito entre indivíduos que compõem a sociedade. Como é cediço, no âmbito das ciências criminais alguns conflitos são selecionados, sendo tratados como *desvio de conduta.* Alguns conflitos, então, passam a figurar como infração penal – delitos/crimes e contravenções. Vê-se, então, que, como interlocutores da discus-

4. Alexandre Wunderlich. "Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos". In: Salo de Carvalho; Alexandre Wunderlich (Org.). *Diálogos sobre a justiça...*, cit., p. 1-54. Ver especialmente o Título I – "Considerações sobre a sociedade contemporânea: tempo, velocidade e espaço". O texto também está publicado in: David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho, *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 41-61.

5. Eugenio Raúl Zaffaroni; Nilo Batista; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 87-88.

são sobre a função do direito penal, temos o desafio de, com atenção às ciências correlatas, tentar minimizar os conflitos interindividuais praticados pelos atores desviantes.

Nessa perspectiva, surge a necessária reivindicação da transdisciplinaridade para sua resolução. Esta reivindicação aparece num momento de consciência da crise dos paradigmas que produzem o conhecimento científico e da necessidade de sua superação, preenchendo a lacuna apresentada por meio da flexibilização e do intercâmbio entre os pesquisadores e os saberes por eles produzidos. Nasce uma transdisciplinaridade que é complementar à aproximação disciplinar: "faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferecendo-nos uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa".[6]

O Estado depende de instrumentos de minimização, surgindo a necessidade da existência de uma concreta política criminal com potencial prático-teórico capaz de estabelecer critérios de racionalização para aqueles atores desviantes que não tiveram a oportunidade de receber o processo de socialização. Quando os instrumentos informais de soluções dos conflitos falham, surge o Estado punitivo – com seu poder-dever –, como último recurso de controle social.[7]

6. É importante salientar a necessidade da construção de uma visão transdisciplinar do direito penal. O direito não está divorciado das demais ciências e, na busca do saber científico, é fundamental esta compreensão. Especialmente no que tange ao estudo da participação da vítima no processo penal, com toda a fenomenologia que isto envolve, é imperioso discutir o tema a partir deste novo paradigma. Sobre a construção e projeção do saber penal, seus saberes *secantes* e *tangentes*, vale conferir Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, op. cit., p. 271-357. Vale citar ainda a *Carta de Transdisciplinaridade* (adotada no 1.º Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento de Arrábida, Portugal, novembro de 1994), publicada no *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* 6/3-4, Porto Alegre: ITEC, jul.-ago. 2000) como indicativo de que há uma real busca da transdisciplinaridade.

7. Conforme lição de Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, vol. I, p. 4-11: O controle social inicia "por via da família, da escola, da igreja, do sindi-

Nesse contexto, em que pese a relevância da crítica que delimita empírica e cientificamente o sistema penal estatal como um *sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo*,[8] não se pode olvidar que a partir do momento em que o Estado avoca o direito de punir, é estabelecido um avanço no sentido do distanciamento da vítima do conflito em que ela estava inserida. A vítima, como titular primário do bem jurídico colocado em risco ou violado, está envolvida (diretamente) no conflito e, por isso, diante da hipérbole da paixão de seus sentimentos é, mais das vezes, irracional. Afastá-la do conflito foi prudente, além de ser o início para a erradicação da vingança privada e para a concretização da proporcionalidade da sanção pelo desvio praticado. Mesmo diante das mazelas do sistema penal, a retirada da vítima do conflito foi avanço civilizatório e vitória do Estado moderno.

Durante a trajetória histórica da humanidade percebe-se que o homem sempre associou-se aos outros homens. Buscou viver em grupo ao revés de isolar-

cato, atuantes na tarefa de socializar o indivíduo levando-o a adotar os valores socialmente reconhecidos e os respeite, independentemente da ação ameaçadora e repressiva do direito penal, que constitui uma espécie de controle social, mas de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle (...)". "Quando os controles sociais informais de vinculação com a sociedade convencional são insuficientes ou deixam de existir, ou quando há déficit de autocontrole, e põe-se acima de qualquer relação custo-benefício a vontade do indivíduo de satisfação imediata dos desejos, surge a possibilidade da prática delituosa, que fere os mais altos e relevantes interesses da sociedade. Busca esta, então, impedir e depois reprimir a realização do crime por meio das instâncias formais de controle, ou seja, recorrendo à estatuição de normas cogentes, positivadoras e protetoras de valores sociais, que imponham sanções redutoras de direitos àqueles que as infrinjam. Adota-se a ameaça de restringir direitos, punir, com a intenção de assegurar a obediência às regras consagradoras dos interesses relevantes para a vida social, legitimando-se o uso da força para garantir a preservação de valores essenciais revelados pela história e reconhecidos pela coletividade. Se não houvesse o direito penal a sociedade sentir-se-ia desprotegida, pois incapacitada de responder por meio da ameaça de sanções aos atos lesivos que desestabilizam a convivência social (...)." "O crime vem a ser um fato normal da vida social, e não uma doença, pois não há sociedade em que não exista, chegando Durkheim a asseverar que *é um fator da saúde pública, uma parte integrante de qualquer sociedade sã.*" No mesmo sentido, René Ariel Dotti salienta o recurso às *instâncias formais* (a lei, a polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as instituições e os estabelecimentos penais) e às *instâncias materiais* (a família, a escola, a comunidade (associações, sindicatos) etc.) (*Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3).

8. Por todos, cf.: Nilo Batista. *Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 25-26.

se.[9] Nesse intuito associativo é básico destacar que, em grande parte do tempo, houve a presença da religião e da magia como fatores norteadores da vida primitiva. Esta visão divina e ao mesmo tempo mística dificultou a resolução dos conflitos no plano da racionalidade, vez que o homem primitivo não se regia por uma lógica construída com a racionalidade moderna, mas muitas vezes, construída a partir de mitos, rituais, símbolos e/ou ficções. O homem primitivo era privado de racionalidade e de qualquer sistema ou estrutura jurídica, tendo como base social preceitos religiosos/divinos, morais, éticos. Diante da ausência da secularização, reinaram a irracionalidade e a barbárie, sendo a época propícia para o surgimento de *proibições*,[10] especialmente, da *vindicta*.[11] Para Ferri a reação à agressão ou deno-

9. Os penalistas diagnosticaram este fenômeno quando escreveram sobre a história do direito penal. Vale citar, à guisa de exemplificação, Aníbal Bruno e José Frederico Marques. Aníbal Bruno justifica o fenômeno ao afirmar que os grupos humanos são decorrentes de uma "força do impulso de associação, que marca de maneira tão profunda o destino dos homens" (*Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 68). O dado também foi identificado por José Frederico Marques como sendo uma "inclinação natural do homem" (*Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. I, p. 1).

10. Sobre as denominadas "proibições" vale destacar o alerta de Sebastián Soler com base em Durkheim (*L'Année Sociologique*), ao afirmar que as "proibições" demonstram que as formas primitivas do direito penal são mais públicas do que privadas, contrariando os penalistas que sugerem as hipóteses da vingança privada: "El hecho más importante que se destaca del estudio de ese género de prohibiciones es que ellas, si bien tienen un carácter fundamentalmente religioso, también desenpeñan una función civil. Los tabú civiles 'no son sino una extensión más reciente de los tabú mágicos o religiosos, que son el fundamento de la institución. Este tipo de prohibiciones tiene un fundamento mágico. La acción mágica asume una forma positiva, el hechizo, consistente en hacer una cosa para que se produzca un evento deseado, y una forma negativa, el tabú: si haces tal cosa, sucederá tal desgracia. Las construcciones que ven el origem de la penalidad en la venganza parecem apoyarse sobre todo en la idea de que el homicidio es crimen por excelencia; pero descuidan de que el elenco primitivo de prohibiciones se integra por una larga serie de acciones cuya sanción no tiene una explicación sinmple y natural, sino que está fuertemente impregnada de sentido sobrenatural y religioso" (*Derecho penal argentino*. Buenos Aires: La Ley, 1945. t. I, p. 50-51).

11. Sobre o tema, Soler adverte: "En particular nos parece arriesgada la afirmación de que la venganza individual y privada represente el origem de la actividad represiva. De ella puede dicerse que es una forma de pena, pero no parece que pueda elevársela hasta considerarla el origem mismo de la actividad repressiva" (Op. cit., p. 50-51). Aníbal Bruno, com base nas investigações de Ellisworth Faris e Malinowski, ressalta: "A vingança foi um fato geral entre as tribos, uma exercendo sobre outro ato vingativo contra ação agressiva a qualquer dos seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo, ou assim suposta de acordo com as idéias mágicas dominantes

minada "vingança defensiva" é instinto fundamental do homem primitivo. "A vingança privada como ressentimento emotivo e reação defensiva tende inevitavelmente para o excesso." Ao tratar do tema, Ferri menciona os institutos do talião e da composição como os "primeiros progressos" da civilização. O talião, primeiramente e, posteriormente, a composição foram impostos pela própria coletividade como normas limitadoras, servindo como restrições à *vindicta*.[12]

Por isso, reafirmo que o conflito sempre existirá, vez que, como disse, é inerente à condição humana. O que importa, então, é saber se há real inovação nas suas formas de resolução. Nesse ponto, para compreensão do fenômeno é imprescindível a lição de Luigi Ferrajoli: "Históricamente, en efecto, el derecho

nos grupos arcaicos. Foi conseqüência da solidariedade entre os membros do mesmo clã, que é uma das forças de coesão e, portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra e não uma pena". "Depois é que a vingança aparece como reação dentro do grupo. Mas aparece pelo desdobramento do grupo em grupos secundários. É o tempo também em que o aumento da complexidade da vida e das normas multiplica os desajustamentos e as violações que as normas condenam." "A vingança é sinal de ausência de uma ação pública punitiva, é ainda a guerra entre grupos, embora dentro do agrupamento maior, e, assim, aparece como fora do círculo da autoridade do grupo, até o momento em que se torna reconhecida ou é mesmo tornada obrigatória pelo Poder Público. Porque há um momento em que a vingança deixa de ser um direito para tornar-se um dever e, então, verdadeiro rudimento de pena, atuando o vingador, por assim dizer, como agente do poder punitivo do grupo" (Op. cit., p. 70 *usque* 72).

12. "O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela *vindicta* defensiva (olho por olho, dente por dente). E também a composição, pela qual o ofensor com o pagamento de gados, armas, utensílios ou dinheiro, se resgatava da vingança do ofendido – como que agora entre os povos civilizados não pode impedir o exercício da justiça penal, pertencente somente ao Estado e aos seus representantes –, foi, no início da civilização, um importante instituto de progresso moral e jurídico, tendente a atenuar e a regular os excessos e as conseqüências da vingança pessoal e familiar" (*Princípios de direito criminal:* o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931. p. 9). Ainda sobre a vingança praticada por grupos de vítimas e sobre os excessos praticados, destaco Sebastián Soler ao estabelecer que "la venganza es una obligación religiosa y sagrada", "(...) el sistema talional, supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo social considerable. Por él la venganza se limita en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo, diente por diente, según la enunciación de la ley mosaica. En el Código de Hammurabi (1955-1912 a. J. C.) se encuentran también numerosas formas de retribuición talional". Soler também se manifesta sobre a composição, no sentido de que "la existencia de un sistema de composiciones es sumamente extendida en todo el mundo, y especialmente entre los pueblos que llegan a tener una moneda – compensar las ofensas delictivas mediante un sistema de pagos" (Op. cit., p. 54-55).

penal nace no como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitucion no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una 'culpable y feroz pasión', sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada – las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas – no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial. Por eso, cada vez que animan a un juez sentimientos de venganza, de parte o de defensa social, o que el estado deja sitio a la justicia sumaria de los particulares, el derecho penal retrocede a un estado sevaje, anterior a la formación de la civilización".[13]

O Estado avoca o *jus puniendi* e a partir da reconstrução do conflito social – como um fato-penal pretérito –, pelo devido processo penal de garantias busca, em caso de comprovação inequívoca da responsabilidade criminal subjetiva, racionalizar o conflito existente entre o desviante e a vítima. Num exercício de resolução de conflito o Estado monopoliza a justiça penal.

13. *Derecho y razón:* teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 333-334.

Todavia, quer se queira ou não, os efeitos nefastos da vingança privada ainda estão bem presentes na justiça criminal brasileira, especialmente representados pela ideologia repressivista de determinados movimentos de política criminal – leia-se Tolerância Zero e/ou Lei e Ordem.[14] Claro é que o horizonte de projeção do direito penal estatal deve restar limitado à racionalidade de seu poder punitivo. Do contrário, impera o arbítrio, a tirania e o abuso de poder. Daí a importância da afirmação de movimentos políticos de resistência teórica e prática que visem maximizar garantias e limitar o poder punitivo estatal, a fim de evitar e/ou minimizar violações aos direitos fundamentais.[15]

Disso resulta 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. Para o Estado resta a reconstrução do fato-penal pretérito por meio do justo processo como categoria fundamental de resolução e, ainda, a busca da proporcionalidade entre violação ao bem jurídico tutelado e a reprimenda penal.

Daí a relevância do modelo garantista de democracia constitucional proposto por Luigi Ferrajoli. No modelo do *garantismo penal* – como sistema jurídico escorado em duas órbitas de sólidos princípios constitucionais substanciais (penais) e instrumentais (processuais) –, há uma notória relação de reciprocidade (*biunívoca*) entre as duas esferas de garantias, que valem não somente por si mesmas, isoladamente, mas também, conjuntamente, como garantia recíproca de sua

14. Sobre o conceito do Movimento de Lei e Ordem, ver René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*, cit., p. 21-22.

15. Nesse ponto, a função do Movimento Antiterror, presidido por Luís Guilherme Vieira (com apoio dos prestigiados institutos IBCCrim, Itec e ICC) é exemplar, sendo recomendável a leitura da Carta de Princípios do Movimento Antiterror: "O Movimento Antiterror pretende, com a sensibilidade e a consciência de cidadãos que há muitos anos se dedicam ao estudo dos problemas da violência e da criminalidade e também com o entusiasmo e o coração dos estudantes que sempre advogam a causa da dignidade do ser humano, proporcionar ao país e à nação um material de reflexão para a adoção de novos caminhos em favor da segurança popular e da eficiência na administração da justiça" ("Carta de princípios do Movimento Antiterror". *Revista de Estudos Criminais* 10/7-19. pub. Itec/PUC-RS. Porto Alegre: Notadez, 2003).

efetividade. As garantias são imprescindíveis tanto no plano estrutural como no plano funcional. As garantias substanciais só serão efetivas quando forem objeto de uma instrumentalidade na qual sejam asseguradas ao máximo a legalidade penal e processual penal, a imparcialidade, a veracidade e o controle. Segundo Luigi Ferrajoli "la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en matéria penal".[16]

Como premissa fundamental para a resolução dos conflitos defendo, como regra, que os mesmos restem a cargo do Estado, sem desconhecer, contudo, que em algumas hipóteses excepcionais, poderá o conflito de menor significância (aquele que escapar do filtro descriminalizador), ser solucionado por outros meios conciliatórios que compõem a sociedade pluralista.

Quando o conflito chega à justiça retratado em infração com dignidade penal, é porque 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. Faço coro com a opinião de Salo de Carvalho

16. *Derecho y razón...*, cit., p. 537. Com mais detalhes em Alexandre Wunderlich: "Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro". In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 21. Quero deixar claro que acredito na visão moderna e garantista do princípio da legalidade, colocando em destaque a relação infinita entre tal princípio e o processo penal constitucional. Nicolaz Gonzales-Cuellar Serrano explica o princípio da legalidade penal e sua garantia processual criticando o enfoque tradicional diante da sua insuficiência. Primeiro, o princípio deve ser entendido como dogma fundamental iluminista que se desdobra em quatro postulados garantistas de grande transcendência: (i) *garantia criminal* (princípio de legalidade criminal, *nullum crimen sine previa lege*); (ii) *garantia penal* (princípio de legalidade penal, *nulla poena sine previa lege*); (iii) *garantia jurisdicional* (princípio da legalidade processual ou do devido processo penal, *nemo damnetur nisi per legale iudicio*) e (iv) *garantia jurisdicional executória* (princípio de garantia processual na fase da execução da pena, *nulla poena sine executione*). Em segundo, o princípio da legalidade deve ser visto também como fonte de um princípio de "tipicidade processual". Conforme anota o autor, a lei processual penal tem que tipificar tanto as condições de aplicação como o conteúdo das intromissões dos Poderes Públicos no âmbito dos direitos fundamentais dos indivíduos. A legalidade, além de ser o nervo estrutural do direito penal substancial e do próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, por isso desdobra-se em outros postulados de natureza instrumental que, conjuntamente, formam a possibilidade de efetivação de garantias legais. Percebe-se, pois, a reciprocidade entre o plano substancial e o plano instrumental (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* Madrid: Colex, 1998. p. 71).

e reivindico a adoção de uma teoria do *garantismo penal* para que se consiga estabelecer "critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais". "Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados."[17]

Para que esses critérios de racionalidade e civilidade sejam (realmente) implantados, básico seria firmar a tutela constitucional como palco do processo como meio de resolução de conflitos. Para tanto, há de se exigir: (i) a constitucionalização do processo penal, a partir do fenômeno da constitucionalização das garantias fundamentais, como preleciona Juan Montero Aroca;[18] (ii) o reconhecimento da ausência de uma teoria geral do processo penal para que se possa romper com o mito de que o processo penal é um "braço" da teoria geral do processo civil; e (iii) a identificação das razões da carência da formação de um processo penal de garantias individuais e não de defesa social, a fim de que a visão instrumental do processo esteja conectada aos princípios reitores do processo penal (estabelecidos constitucionalmente).

Pleiteio, assim, um *processo penal justo* por intermédio de um devido processo, que busca, nas palavras de Adauto Suannes, "a eticização da conduta do Estado enquanto ocupado na prevenção e repressão de condutas desviantes. É buscarmos na dignidade do ser humano, independentemente dos valores religiosos e filosóficos que se reconheçam ou não se reconheçam, a razão de ser dessas regras básicas que a necessária atuação do Estado, por seus agentes, diante das condutas desviantes, deve obedecer. Segurança de todos sem prejuízo da

17. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17. Com mais detalhes e na linha de Luigi Ferrajoli, o autor estabelece o princípio da secularização como princípio maior do modelo garantista e como caracterizador do modelo republicano nos Estados Democráticos de Direito (inserção constitucional), além de delimitar o garantismo penal, o uso alternativo do direito e o papel (crítico) do operador jurídico.

18. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 115.

segurança de cada um".[19] É, em resumo, aceitar *a Constituição como lei suprema do processo penal*[20] e o devido processo legal como instrumento efetivo de garantias, "como conjunto de exigências éticas para garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo".[21]

3. A Lei 9.099/1995 e a revitalização da participação da vítima na resolução do conflito: *idolatria do novo*

O Texto Constitucional de 1988 estabeleceu em seu art. 98, I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Com recurso a expressões novas – juizados especiais e infrações penais de menor potencial ofensivo –, a Constituição Federal indicava o novo rumo do processo penal nacional. Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho "era um aceno a uma nova perspectiva, com os limites fixados no texto e, por óbvio, para gerar uma estrutura compatível com os demais princípios regentes da matéria na própria Carta". Naturalmente, "haver-se-ia, portanto, de se ter cautela e, por evidente, em face da novidade, proceder-se a um longo percurso de discussão e construção sólida daquilo que, desde logo, mostrou-se como uma grande esperança à modernização – e democratização – do processo penal brasileiro".[22]

19. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 82 e 129.

20. Vicente Gimeno Sendra, Victor Moreno Catena e Valentín Cortes Domínguez falam em "fortalecimento das garantias do processo justo" (*Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999. p. 59).

21. Suannes. Op. cit., p. 83.

22. "Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa 'efetivação' constitucional". *Constitucionalizando direitos:* 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347-358.

De fato a Lei 9.099/1995 revolucionou o sistema processual penal brasileiro, trazendo novos institutos como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Na expressão de René Ariel Dotti, a lei trouxe "substitutivos processuais" que "abriram oportunidade para as *práticas de despenalização*".[23] No que concerne especificamente à criação do procedimento sumaríssimo, a legislação inovou com a previsão de resposta à acusação antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime e com o deslocamento do ato processual de interrogatório para o final da instrução criminal.

Ocorre que a lei, os institutos e o procedimento não foram meramente recepcionados pela doutrina e consagrados na jurisprudência dos tribunais. Depois de alguns anos de aplicação da Lei 9.099/1995, contando com a dilatação do conceito de infração de menor potencialidade ofensiva que foi redesenhado pela alteração originária da Lei 10.259/2001, é possível diagnosticar com exatidão o fenômeno que houve: a divulgação insensata e acrítica da "novidade", representada, particularmente, por um número infinito de publicações de última hora, despidas, muitas delas, de qualquer comprometimento científico.

Em manifesto lançado contra os Juizados Especiais Criminais, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho agudiza a crítica à legislação ao afirmar que a Lei 9.099/1995, "para se dar cumprimento ao preceito do art. 98, I, da Constituição da República, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária" e que, isto, "consagra nomes", "mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos".[24] A contribuição de Jacinto Coutinho é imprescindível, sendo a leitura de seu manifesto absolutamente necessária para que se verifique a situação atual dos juizados e para que reste registrado que o amplo debate acadêmico pleiteado por ele quando da promul-

23. *Curso de direito penal...*, cit., p. 663-665.

24. Idem, ibidem.

gação da lei, simplesmente não aconteceu. Sendo o tempo de maturação para a implementação dos novos institutos penais determinado, à escassez, pela própria Lei 9.099/1995; a lei entrou em vigor no prazo de *sessenta dias* após a sua publicação.[25] Os conceitos foram simplesmente lançados prontos, foram ofertados objetivamente, ao contrário de serem construídos.

Hoje, penso que houve uma idolatria ao novo. O discurso jurídico oficial que empregou constantes metáforas foi o da "revolução", do "notável avanço", da "evolução", do "modernismo", como diagnosticou Geraldo Prado em importante "incursão no terreno da linguagem de saudação da Lei 9.099/1995" em sua tese doutoral sobre o instituto da transação penal. Geraldo Prado identifica um fenômeno que passou oculto (*ou foi ocultado?*) pelo olhar complacente de parte da doutrina e verifica que "não há inocência nas palavras verbais", salientando que "no campo do discurso jurídico não há neutralidade, nem mesmo quando, aparentemente, existe uma certa convergência de opiniões". "Os termos e expressões da nossa linguagem, mais do que refletir a realidade, buscam, na tradição do discurso jurídico brasileiro, conformar esta própria realidade, conferindo sentido supostamente unívoco ao que a prática jurídica revela ser ambíguo, polêmico e controvertido."[26]

25. Miguel Reale Júnior assevera que simultaneamente à tramitação do projeto de lei de autoria do Deputado Michel Temer na Câmara, que redundou na Lei 9.099/1995, corriam os trabalhos de Comissão constituída no Ministério da Justiça, sob a presidência do Min. Sálvio de Figueiredo, destinada à elaboração de projetos de modernização do Código de Processo Penal. Esta comissão, segundo Reale Júnior, "destinava-se à feitura de projetos pontuais, visando primordialmente, à celeridade da Justiça, mas com a preservação da segurança jurídica". "E a tônica destes projetos, a exemplo do que ocorria com o projeto Frederico Marques, depois revisado por Rogério Lauria Tucci, consistia na garantia da ampla defesa e do contraditório. Exemplo deste aspecto estava no exame preliminar das condições da ação, no momento do recebimento da denúncia, a ser precedido pela contestação da acusação pela defesa técnica. (...) Portanto, ressaltam-se o direito de defesa e o devido processo legal, o processo justo." "O respeito a estes princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo, foram absolutamente desatendidos na Lei 9.099/1995 no que tange à disciplina adotada com relação à transação. Esta lei, tão proclamada, tão festejada, é, a meu juízo, manifestamente inconstitucional, nesta parte" ("Pena sem processo". In: Antônio S. de Moraes Pitombo (Org.). *Juizados especiais criminais:* interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 25-26).

26. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

Conjuntamente com Salo de Carvalho tive a oportunidade de instar o diálogo sobre a justiça penal consensual, sublinhando que com o passar dos anos os juristas têm esquecido (*ou fazem questão de não lembrar?*) o método da dialética acadêmica. A ausência de debate e a publicação de textos sem critério científico ou mesmo sem qualquer investigação empírica vêm construindo o paradigma da miséria acadêmica dos últimos anos. Idéias nascem e, sem que seja efetivado um processo de hermenêutica do diálogo entre os sujeitos que compõem a comunidade jurídico-pluralista, são implantadas como verdades oficiais. Invariavelmente reproduzidas em linguagem coloquial e despidas de cerimônia, estas verdades são servidas em manuais que reproduzem um conhecimento epidérmico, deflagrando assim a crise do ensino jurídico nacional.[27]

A temática objeto deste articulado está devidamente contextualizada no processo histórico pelo qual atravessa o direito penal. A crise do Estado-nação, a perda da soberania estatal, a privatização da justiça penal, a imposição de modelos importados e a ausência de uma política criminal de fortalecimento e preservação das garantias individuais dão colorido ao cenário que vem se descortinando em matéria processual penal. Por isso, estou com Geraldo Prado: "(...) o processo ideológico de reconfiguração do capitalismo contemporâneo não é levado em conta no instante de submeter a exame as novas ordens legais". "O contexto no qual o texto legal está inserido é com freqüência ignorado pela doutrina, que chama a si a tarefa de expressar as interpretações válidas das normas jurídicas; além disso, não figura na pauta de exame doutrinal a forma como se articulam as diversas instâncias, grupos e classes sociais, portadores de interesses antagônicos, e também destinatários diferenciados de mecanismos de disciplina de controle social."[28]

27. Diálogos sobre a justiça dialogal, cit., p. vii.

28. Elementos para uma análise..., cit., p. 4.

4. Da euforia à *praxis*: de novembro de 1995 a outubro de 2003

Depois desses quase oito anos de experiência de justiça penal consensual com a Lei 9.099/1995, atrevo-me a realizar algumas ilações. Tenho, de militância na advocacia criminal e de atividade docente, a mesma idade da lei. Não é muito, menos de uma década de lida criminal, mas me permite realizar um diagnóstico, pois acompanhei o desenvolvimento dos Juizados Especiais Criminais, vez que praticamente amadureci com a legislação. Minha *praxis* diária iniciou com o acompanhamento da implementação pioneira dos Juizados Especiais no Estado do Rio Grande do Sul e culminou com minha participação na Comissão Especial para Avaliação dos Juizados Especiais Criminais do Ministério da Justiça em 2002. Por isso, escrevo sobre a minha *praxis* cotidiana, sobre o que vi e vejo acontecer no foro criminal.

O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei 9.099/1995, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz.

Mas não é só. Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro em agosto de 2002, como um dos membros da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, tive a oportunidade de escutar um relato sobre a realização de "audiências coletivas" – conciliações e transações penais formuladas indistintamente aos supostos autores dos fatos e, pior, com índice de aceitação geral. Na

mesma ocasião constatei empiricamente a insatisfação dos movimentos feministas e das ONGs de estudos de gênero com relação ao que denominam de impunidade do autor do fato nos conflitos com violência contra a mulher. O desabafo foi geral. Um jovem magistrado carioca fez uso da palavra para retratar o seu cotidiano dramático. Primeiro, referiu que não tinha aptidão para ser conciliador e, após, justificou que não tinha tempo para conciliar em face do excessivo número de conflitos que abarcavam em seu juizado. A insatisfação se deu às inteiras, das partes aos juízes.

Necessário, pois, conveniente, salientar que a Lei 9.099/1995 caiu em desgraça. Dos partícipes dos Juizados Especiais Criminais ao senso comum que reproduz o imaginário social o que se percebe é um sentimento de insatisfação à mercantilização do conflito. Os movimentos radicais ressaltam a "impunidade". Os movimentos de resistência garantista exaltam a aplicação de pena sem acusação formal e sem o devido processo legal e, ainda, outras violações às garantias constitucionais. Em que pese parecer um contra-senso, não o é. O diagnóstico da justiça penal consensual não é bom, seja qual for o ângulo de sua análise.

Minhas impressões caminham no sentido da afirmação de que a tentativa de introduzir uma justiça penal consensual no Brasil foi, infelizmente, um fracasso. E não poderia ser diferente, pois a própria justiça, a não consensual, também o é. Como disse, se o sistema penal em sua inteireza é mesmo um sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo, não haveria outro caminho à Lei 9.099/1995. O sistema é, pois, em si mesmo, um instrumento capaz de produzir seus reféns. Com os Juizados Especiais Criminais não foi diferente.

Do empírico ao científico, passo a desenvolver as dez razões para o diagnóstico.

§ 1.º *O excessivo número de conflitos e a burocratização judicial.* Com o advento da Lei uma série de tipos sem qualquer dignidade penal, e que poderiam ser descriminalizados, acabaram revigorados. Contravenções que estavam desaparecidas hoje engordam as prateleiras forenses. O número excessivo de con-

flitos e a ausência de estrutura cartorária – em alguns Estados ainda não houve a implantação dos Juizados –, impedem, por razões de tempo e de pauta, que o juiz promova um *real processo conciliatório* entre os partícipes do conflito. Nos Juizados Criminais têm imperado a ausência de diálogo! Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, em excelente investigação sobre a implantação dos Juizados Especiais em Porto Alegre, registrou: "Com a implantação dos Juizados Especiais, havia a expectativa de uma significativa redução do movimento processual nas Varas Criminais Comuns, que poderiam concentrar a atenção nos delitos mais graves. A análise do movimento processual verificado na Comarca de Porto Alegre nos dois anos anteriores e posteriores à implantação dos Juizados não confirma essa expectativa. Tomando por base os dados fornecidos pelos mapas de andamento processual da Corregedoria-Geral de Justiça do TJRS referentes à Comarca de Porto Alegre para o período considerado, o que se verifica é que, enquanto nos anos de 1994 e 1995 foram distribuídos para as Varas Criminais Comuns em torno de 6.000 processos por ano, em 1996 o número de processos distribuídos salta para 54.687, baixando para 37.608 processos no ano de 1997. Desagregando-se os processos distribuídos e julgados pelo tipo de Vara Criminal, constata-se que, enquanto nos anos de 1994 e 1995 a grande maioria dos processos (80 a 90%) eram distribuídos e julgados pelas Varas Comuns, ficando um pequeno percentual para as Varas do Júri e de Trânsito, a partir de 1996 os Juizados Especiais Criminais passam a responder por 80% do movimento processual criminal em Porto Alegre, chegando a 90% dos processos julgados no ano de 1997. Apesar da significativa redução percentual, o volume de processos distribuídos nas antigas Varas Criminais se mantém praticamente inalterado. Como essas Varas foram reduzidas a partir da criação dos Juizados de 18 para 14, há de fato um aumento do número de processos para as Varas Criminais Comuns. A conclusão é que, em vez de assumir uma parcela dos processos criminais das Varas Comuns, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais,

sendo resolvido através de processos informais de 'mediação' (ou 'intimidação') nas delegacias de polícia. Com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995, as ocorrências policiais deste tipo de crime, que se encontravam nas delegacias, aguardando a realização de inquérito policial, e que normalmente resultavam em arquivamento pela própria polícia civil, foram remetidas para os Juizados Especiais, o que resultou em um número de processos distribuídos no ano de 1996 superior em quase 30% ao ano de 1997. Os indicadores do movimento processual penal no período considerado permitem ainda que se faça o cálculo dos índices de demanda, produtividade e eficiência do sistema penal. O Índice de Demanda Judicial Média (IDJM) é obtido pela divisão do número total de processos distribuídos pelo número de Varas e Juizados Criminais existentes, e corresponde ao número médio de processos distribuídos por Vara".[29-30]

§ 2.º O processo de seletividade exercido pela vítima e o seu "poder denunciante": a facilidade do registro do termo circunstanciado e a obrigatoriedade

29. *Informalização da justiça e controle social:* estudo criminológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre 13/134-137. São Paulo: IBCCrim, 2000. Monografia Jurídica.

30. Mesmo realizando uma crítica à aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, Luiz Flávio Gomes salienta avanços: "São poucas as estatísticas de que dispomos até aqui sobre o funcionamento dos Juizados Criminais. Sabe-se, entretanto, que diminuiu sensivelmente o número de denúncias, assim como o número de processos em andamento. Em 1994 havia 682.257 processos em andamento na Justiça Criminal comum do Estado de São Paulo; em 1999, apesar do aumento da criminalidade e da população, esse número era de 658.196. Em 1995 foram recebidas 168.445 denúncias e queixas no Estado de São Paulo; em 1999, 134.073. Não há dúvida de que a diminuição se deve à Lei dos Juizados. Muitos fatos delituosos que seriam objeto do tradicional processo tiveram solução consensuada (arts. 74 e 76), isto é, não ingressaram no sistema clássico. É sensível, de outro lado, a diminuição do movimento forense, seja em primeiro grau, seja sobretudo no Tribunal de Alçada Criminal. Nota-se uma clara desburocratização. Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agora dos Juizados Criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de Administração de Justiça está gastando menos para a resolução desses conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a freqüente prescrição nas infrações menores. As primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis. De qualquer modo, o futuro (próspero) dos juizados, inclusive agora também no âmbito da Justiça Federal, passa por inadiáveis ajustes e correções. É preciso fazer um sério balanço crítico do sistema consensual e eliminar do seu seio algumas anomalias e imperfeições (...)" ("Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): aspectos criminais". In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal...*, cit., p. 233).

do encaminhamento aos Juizados. É fato notório que com o advento dos Juizados basta uma diligência na delegacia de polícia para que o autor do fato seja chamado ao Poder Judiciário. Isso, ao meu ver, ocasionou uma hipervalorização do termo circunstanciado e da palavra da vítima. A vítima é ciente de que com a sua narrativa colocará o autor do fato à frente do juiz. Muitas vezes este instrumento é utilizado de forma abusiva e com intuito vingativo. Em alguns casos o autor é obrigado a constituir defensor e comparecer ao judiciário, mas na verdade houve um registro de ocorrência que narra um fato inexistente ou que não retrata a verdade. Isto porque não há qualquer investigação sobre aquilo que foi narrado. Além disso, o autor da suposta infração acaba por aceitar qualquer benefício que lhe seja formulado em audiência a fim de evitar um eventual processo. Em sua investigação sobre os Juizados Criminais de Porto Alegre, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo constatou que "a partir da análise dos dados estatísticos, é que a seletividade do sistema, antes exercida pela polícia, agora é colocada nas mãos da vítima/denunciante. Basta que esta se dirija até a autoridade policial e comunique a ocorrência de um delito de menor potencial ofensivo, para que esta comunicação dê origem a um termo circunstanciado. A polícia deverá encaminhar obrigatoriamente todos os termos circunstanciados para os Juizados Especiais Criminais, sem a necessidade do inquérito policial, dando início ao processo. Considerando o poder de movimentar a justiça penal que é colocado nas mãos da vítima, e a possibilidade de obtenção da reparação do dano através da ação penal, há sem dúvida um maior protagonismo da vítima nos Juizados em comparação com o processo penal tradicional, em que o Estado é considerado o titular exclusivo do direito de punir".[31]

§ 3.º *"Ser decisor" e "ser conciliador": o despreparo dos juízes na mediação do conflito.* O juiz não é, não tem e via de regra não quer ter formação conciliatória. Exceto em casos eventuais, o magistrado que carrega em sua personalidade a aptidão para promover o consenso, busca uma formação transdisciplinar para reso-

31. Informalização da justiça e controle..., cit., p. 163.

lução dos conflitos representados nos termos circunstanciados que chegam aos Juizados Criminais. Em regra os juízes não recebem qualquer formação transdisciplinar (psicológica, sociológica etc.) capaz de trazer-lhes um manancial teórico ou capacitá-los para a mediação do conflito via processo de conciliação. Invariavelmente, a formação do magistrado brasileiro é meramente técnico-jurídica, formalista e limitada à subsunção da lei ao caso penal. O juiz não tem formação de mediador. O juiz é preparado para ser um decisor e não um conciliador.[32]

§ 4.º *A ausência da vítima em audiência: criação do instituto da desistência tácita em ação penal pública.* Há indicativo de realização de audiências sem a participação da vítima, o que representa impossibilidade de consenso, privando-a e, também, o autor do fato da possibilidade conciliatória. Em alguns Estados houve a criação do instituto da *desistência tácita*. Sendo a vítima intimada a comparecer à audiência preliminar e não comparecendo, se presume a desistência tácita da representação nas infrações penais que a exigem e, em algumas oportunidades

32. Uma alternativa viável é a implantação do projeto de *Casas de Conciliação*, nas quais as partes envolvidas nos conflitos seriam atendidas por mediadores, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais a fim de realização da mediação. Após este primeiro atendimento, as partes seriam encaminhadas ao Judiciário para a audiência preliminar. Outras alternativas também podem contribuir para a existência de um real processo de conciliação/mediação. O Movimento Antiterror pleiteia em sua carta de princípios a construção de "*Centros Integrados de Cidadania* (CICs) a fim de reocupação, pelo Estado, nas periferias das grandes cidades, das áreas abandonadas pelo Poder Público e a implementação de políticas na área social, redutoras da violência e da criminalidade. Incumbe ao Estado prover equipamentos para tornar possível a reestruturação de espaços públicos, sobretudo escolas, à disposição das comunidades fora dos horários curriculares para estimular vários tipos de aprendizado e lazer. As ações preventivas devem ser conjugadas entre a comunidade e a polícia para se alcançar resultados positivos assim como ocorreu no Jardim Ângela, onde a criminalidade apresentou acentuada redução após a instalação de postos de policiamento e esporte. Outra experiência deve ser mencionada. Ela ocorre em ponto limítrofe do Município de São Paulo, no bairro de Itaim Paulista, com o funcionamento de um Centro de Integração da Cidadania (CIC), reunindo o Juizado Especial Cível, Ministério Público, delegado de polícia, destacamento da Polícia Militar, agência do Procon e auxiliares técnicos (assistentes sociais e psicólogos). Em face da presença desses agentes e de benéfica atuação, os *conflitos passaram a ter mediação acessível*. O Movimento Antiterror também sugere os *Plantões sociais em delegacias de polícia*. A criação dessa modalidade de plantão nas delegacias de polícia reunindo assistentes sociais, insere-se num conjunto de medidas de prevenção da criminalidade mais grave e revela a atuação moderadora do Estado em conflitos de rotina".

até nas ações públicas incondicionadas, sendo o conflito suscitado por ela na delegacia de polícia arquivado no Juizado Criminal. Ou seja, em muitos casos, a vítima representa perante a autoridade policial mas por motivo de força maior não se faz presente na audiência preliminar conciliatória e, diante disso, presume-se o seu desinteresse no caso, arquivando-se o mesmo.

§ 5.º *Conciliação infrutífera nos casos de violência contra a mulher e ausência de assistência estatal no pós-conflito.* Não se pode desconhecer a gravidade dos conflitos que envolvem violência doméstica. A Lei 9.099/1995 trouxe, como condição específica da ação, a exigência de representação da vítima nos casos de lesões corporais leves e culposas. O que por um lado restringe a atuação do Estado na resolução do conflito e importa minimização penal, reproduz, em grande medida, um "sentimento de impunidade" retratado pelas ONGs feministas, visto que há casos em que a mulher não reúne condições que lhe permita uma representação contra o seu companheiro/cônjuge agressor. Soma-se mais outro adminículo. Nas infrações praticadas com violência contra a mulher, especialmente aquelas praticadas no lar, o processo conciliatório é, de regra, infrutífero, pois o Estado não promove qualquer acompanhamento das partes após a resolução/mediação preliminar do conflito. A conciliação legal/jurídica, formalizada em audiência, é desacompanhada de qualquer outra forma de assistência (social, econômica, psicológica etc.). Desamparada a mulher é duplamente vitimada, sendo que para o Estado o conflito está resolvido. Sobre este ponto, merece destaque a investigação de Carmen Hein de Campos: "A pesquisa realizada me permite dizer que o Juizado Especial Criminal não oferece a solução de que as mulheres necessitam".[33]

§ 6.º *O descumprimento dos termos legais da audiência preliminar: audiências a distância e/ou coletivas.* Nos casos em que a vítima e o autor do fato residem em comarcas diferentes, não há audiência de conciliação. Há casos de com-

33. "Justiça consensual e violência doméstica". *Textos bem ditos*. Porto Alegre: Themis, 2002. n. 1, p. 43.

posição e transação penal realizadas por carta precatória, o que desfigura a audiência preliminar conciliatória. Existe, em alguns Estados, a realização de "audiências coletivas" – de uma forma absurda e humilhante para o cidadão, há reunião de vários termos circunstanciados e existe formalização de uma única proposta (genérica) de conciliação e/ou transação penal, o que desnatura por completo a audiência conciliatória determinada na lei, trazendo descrédito e desprestígio à justiça penal (consensual).

§ 7.º *Realização de audiências sem a presença do Ministério Público e as partes sem assistência jurídica.* Sabe-se da realização de centenas de audiências com vítimas e autores do fato desacompanhados de advogados privados ou defensores públicos. A ausência de advogados, a rapidez da audiência e a falta de um real processo conciliatório, não permitem aos atores – vítima e autor do fato –, compreender o que foi determinado. As partes envolvidas no conflito não entendem o que transcorreu na sala de audiência e muito menos o que foi determinado pelo juiz. A investigação de Rodrigo G. Azevedo nos primeiros anos de aplicação da lei, "permitiu verificar em que medida a legislação vem sendo cumprida, e quais os pontos em que a rotina burocrática da máquina judiciária, adaptada às suas carências estruturais, acaba por se impor sobre a dinâmica proposta pelo legislador. É o caso, por exemplo, da verificação realizada sobre a presença do representante do Ministério Público nas audiências. Embora a lei estabeleça a obrigatoriedade da presença do Promotor de Justiça (art. 72 da Lei 9.099/1995), que tem a competência exclusiva para oferecer a proposta de transação penal, com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76 da Lei 9.099/1995), o que se constatou foi que em 58% das audiências observadas o representante do Ministério Público não estava presente, o que implicou tanto em aumento da morosidade judicial, pela necessidade de nova audiência, como o oferecimento da proposta de transação pelo juiz (...). Também é freqüente a realização de audiência e a imposição de uma sanção penal a acusados sem advogado. A Lei 9.099/1995 previu a necessidade de que tanto a vítima quanto o autor do fato compare-

çam a audiência preliminar acompanhados de advogado (art. 71), a fim de garantir às partes o esclarecimento sobre as alternativas colocadas pela legislação para a resolução do litígio. O que se constatou pela observação das audiências foi que em 78% dos casos a vítima comparece sem advogado. Quanto ao acusado, que na eventualidade bastante comum de comparecer sem advogado deveria receber o atendimento de um defensor público, constatou-se que em 50% das audiências estava sem esse acompanhamento. Mesmo assim, alguns juízes realizam a audiência, chegando até a homologação de proposta de transação aceita pelo autor do fato desacompanhado de advogado ou defensor público".[34]

§ 8.º Dificuldade para o arquivamento, imposição de aceitação da transação penal e ausência de critério razoável para o oferecimento da proposta. Constata-se diariamente que há resistência para o arquivamento do termo circunstanciado, pois o senso comum jurídico dos Juizados é representado por um princípio meramente contratualista sobre o processo. Aplica-se, na prática, um novo princípio, o in dubio pro transação penal – expressão de Luiz Antônio Bogo Chies.[35] Na dúvida, recolha "algo ao Estado", contribua com o social. Há, invariavelmente, pressão/coação para a efetivação da transação penal. Há oferta de transação quando seria caso de arquivamento. Transacionar é regra (quase que) absoluta, sendo o arquivamento a exceção.[36] Muitas vezes a proposta de transa-

34. Informalização da justiça e controle..., cit., p. 168-169.

35. "Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, publ. Itec/PUC-RS, 2003. n. 11, p. 82-96..

36. Sobre o tema é fundamental destacar as exceções, especialmente o voto do Juiz rel. Alexandre Morais da Rosa na Ação de HC 25, de Joinville: "*Habeas corpus*. Juizados especiais. Termo circunstanciado. Audiência preliminar. Comparecimento. Justa causa. Ausência de conduta típica sequer em tese. Trancamento do procedimento. Ordem concedida. Decorrência da ausência de maturação/discussão democrática (Habermas) sobre as disposições legais contidas na Lei 9.099/1995, acrescida da deficiência estrutural e teórica dos atores enlaçados no procedimento (Miranda Coutinho), os Juizados Especiais Criminais acabaram por canalizar as ocorrências sociais e penais (Kant de Lima), gerando, não raras vezes, constrangimento ilegal naqueles que são obrigados a comparecer nas delegacias de polícia com o fito de preenchimento dos dados dos termos circunstanciados e, ao depois, nas audiências preliminares perante os Fóruns de Justiça/Juizados Espe-

ção penal é formulada de forma idêntica para a resolução de todas as espécies de conflitos. Há casos da utilização de tabelas prefixadas para quantificar a transação penal, sendo a proposta realizada sem qualquer atenção à condição social e/ou econômica do autor do fato. Nesses termos, a proposta favorece os abastados e oprime os carentes. Nesse ponto o imaginário social foi criativo e consagrou: "o rico paga cesta básica"; "o pobre, quando não é preso, presta serviços à comunidade". Como bem identificou Luiz Antônio Bogo Chies, "a eventual (ou constante) fragilidade dos chamados Termos Circunstanciados, como peças informativas e desencadeadoras sobretudo da fase preliminar da vigente dinâmica dos Juizados Especiais Criminais – fragilidade essa que decorre da omissão legal em seus conteúdos mínimos –, está a provocar uma gama de situações que afrontam as garantias legais das partes (sobretudo da parte indicada à responsabilização penal pelo termo) e descredibilizam a própria instância judiciária como locus (ao menos) de preservação da expectativa de verdade e eqüidade (quiçá justiça). (...) Contudo, satisfeito o Termo Circunstanciado pelo somatório de registro de ocorrência, com suas sucintas narrativas, e pelos exames periciais (ou suas requisições nas modalidades permitidas), o evento chega ao Judiciário na percepção unilateral do 'conflito', que então se vulnerabiliza burocraticamente para se converter num 'perfeito litígio'. A parte adversa (via de regra sob a imputação de 'autor do fato') é intimada através de formas e para atos que – no imaginário social leigo – já interpreta como processuais penais, internalizando a perspectiva de estigmatização do réu e, de forma compreensível, pré-assumindo a postura defensiva diante do litígio (que é assim ignoran-

ciais, mesmo que não se tenha verificado, sequer em tese, a ocorrência de conduta penal. Nem se diga que 'a simples instauração de termo circunstanciado não é constrangimento ilegal', posto que além da ida aos órgãos especializados, ainda se pode verificar que muitas decisões, mesmo afrontando a Constituição Federal e a presunção de inocência, ainda consideram os Inquéritos e TCs instaurados como maus antecedentes (...). Logo, a *justa causa* deve, no Estado Democrático de Direito, ser analisada antes da prática de atos judiciais. Essa desfuncionalidade do sistema acaba configurando, em muitos casos, verdadeiro constrangimento ilegal".

do em sua dimensão de conflito). Essa dinâmica, que muito temos vivenciado em nossa militância profissional, gera incompreensões, descontentamentos e resistências (sobretudos nas partes imputadas como 'autoras do fato') que são obstaculizadores de intervenções e posturas de perspectiva mediadora, ou mesmo meramente conciliatória, prejudicando então a resolução dos conflitos e resultando numa (eventual) 'linha de produção' de acordos nos litígios fragmentados ou mesmo num 'frustrante' momento (seja na percepção e no interesse das partes, seja na percepção ou no interesse do Judiciário), vez que o caso prosseguirá na direção do estigma, por vezes do acrítico sentimento de vingança, mas sempre no 'afogamento' das pautas dos Juízes. A fragilidade dos termos circunstanciados e a inadequação legal das dinâmicas programadas têm, em nosso entendimento, ainda um outro grave efeito nefasto: o denominamos de 'institucionalização do in dúbio pró-transação'".[37] Fazendo eco ao presente diagnóstico sobre a transação penal, Luiz Flávio Gomes adverte sobre a existência de "realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos" e "a desconsideração das garantias inerentes à imputação objetiva e subjetiva", além do "absurdo de se formular a proposta de transação penal sem a mínima descrição do fato típico cometido (para se condenar alguém já não é preciso o processo tradicional, ocorre que agora estão 'dispensando' até a existência de um fato típico)".[38]

§ 9.º *A transação penal com imposição de pena e o seu descumprimento: pena sem processo.*[39] O número excessivo de transações penais leva-me a crer que o instituto é aceito pelo autor do fato por uma série (infinita) de razões não jurídicas e não restritas a autoria e/ou até a real existência do fato. No momento do aceite não há qualquer exame sobre eventual possibilidade de ser o autor do fato

37. "Por uma utopia do possível...", p. 82-96.

38. Op. cit., p. 234.

39. Expressão utilizada como título de artigo publicado por Miguel Reale Júnior, *Pena sem processo*, cit., p. 25.

denunciado, processado ou condenado. O autor do conflito consente com a imposição de pena justamente para se livrar do eventual risco de responder a um processo criminal. Soma-se ao risco do processo o fato de o autor ter que se submeter ao chamamento de testemunhas para demonstrar sua inocência, de ser constrangido a participar de audiências na condição de réu, de que outras pessoas de sua família percebam que está sendo processado criminalmente, de ter que comunicar seu endereço em caso de alteração e, ainda, de ter que custear os honorários de advogado (já que a defensoria pública, em muitos Estados, ainda está longe do ideal). Assim, o autor do fato aceita uma pena restritiva de direitos que para ele, em que pese a ausência de demonstração de sua culpa no conflito ou sua inocência, é menos gravoso que o custo do processo. Registre-se que aqui se trata de uma pena restritiva de direitos sem processo, que é proposta sem o exame das condições pessoais do autor e que é aceita por ele por razões de conveniência, sem qualquer critério técnico-jurídico sobre o fato e, muitas vezes, sem o acompanhamento de advogado. Além disso, a impossibilidade do cumprimento da transação penal por parte do autor do fato poderá ensejar a conversão da pena privativa de direitos imposta em pena privativa de liberdade. Esta conversão absurda[40] foi decida como válida pelo STJ e, segundo Geraldo Prado, "a decisão posteriormente foi cassada pelo STF ao argumento de que não havia previsão de um devido processo legal para a citada conversão". Toda-

40. Este diagnóstico também foi realizado por Luiz Flávio Gomes: "O mais preocupante na atualidade, não obstante, é a precária qualidade que se nota em muitos processos consensuais, em termos de respeito às garantias mínimas penais e processuais. Ainda que sejam incontáveis as vantagens do sistema consensual, já podem ser observadas umas claras tendências comprometedoras do sistema, destacando-se, entre tantas outras: a) a aplicação *contra legem* da pena privativa de liberdade (embora sem fundamento legal e totalmente contra a jurisprudência do C. STF, há juiz que arbitrariamente está aplicando a pena de prisão quando há o descumprimento da transação); b) a inexistência de uma solução racional quando acontece esse fenômeno: iniciar o processo é impossível por falta de lei; mandar prender é arbitrário porque o sistema consensual não admite a prisão; logo, com a máxima urgência necessitamos de uma reforma legal para corrigir essa anomalia autofágica do sistema (...)". (Op. cit., p. 234).

via, Geraldo Prado registra que, na mesma decisão, o STF "antevê na transação penal um modelo de privatização do processo penal, que é apreciado favoravelmente".[41] Mesmo com a decisão do STF, infelizmente, ainda existem inúmeras conversões de pena restritiva de direitos em pena de prisão.

§ 10. *Transação penal: ausência de devido processo legal, violação ao princípio da presunção de inocência e privatização da justiça.* Em 1997 Miguel Reale Jr. sustentou a inconstitucionalidade do instituto da transação penal. Em artigo publicado com o sugestivo título *pena sem processo*, Reale Jr. atentou para a violação dos princípios informadores do processo penal democrático, do processo justo. Este é, fundamentalmente, outro ponto relevante que merece destaque no exame empírico da aplicação da Lei 9.099/1995. "Transação redunda na reparação do dano, por um lado, e, por outro, na aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa. Mas, restringe-se, sem dúvida, na aplicação de uma pena, como o reconheceu a ilustre jurista Ada Pellegrini Grinover, defensora ardorosa do texto legal (...). Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine judicio*, informador do processo penal."[42] A Lei 9.099/1995 contribuiu para o fortalecimento da privatização da justiça penal, sendo que na visão de Geraldo Prado, "a transação não dispõe, de fato, de um verdadeiro procedimento jurisdicional conforme a noção de devido processo legal. A rigor a transação penal desenvolve-se no equivalente ao inquérito policial, no caso o termo circunstanciado". Para Geraldo Prado, na transação penal não existe devido processo legal, concluindo que "a transação penal consiste exatamente em o imputado 'abrir mão' do devido processo legal".[43]

41. Elementos para uma análise..., cit., p. 222.

42. "Pena sem processo", cit., p. 27.

43. Elementos para uma análise..., cit., p. 224.

5. Por uma resistência garantista

Nesse quadro, floresce o dilema contemporâneo no âmbito do sistema (que deveria ser) acusatório de processo penal constitucional: efetividade *versus* garantias. As alterações sofridas nas categorias *velocidade* e *tempo* na sociedade complexa também tiveram eco no campo do processo penal. Por isso, atualmente o Estado tem procurado novas formas de resolução de conflitos – leia-se justiça penal consensual. Contudo, ao mesmo tempo em que se pleiteia *eficácia no/do processo penal*,[44] se está a gerar profunda minimização de garantias individuais.

O apelo da mídia indica que o processo deve ser rápido e eficaz. Juan Montero Aroca salienta esta tendência ao afirmar que "acelerar un motor lleva a pasarlo de revoluciones con grave riesgo para los ocupantes del vehículo, acelerar el proceso lleva a que no cumpla su fin esencial de garantía".[45] Passados alguns anos, é possível analisar o fracasso da Lei 9.099/1995, sendo conveniente lembrar o mesmo Juan Montero Aroca ao estabelecer que "no existe ni una relación jurídica material penal, ni un derecho subjeivo a la imposición de una pena por quienes ejercitan la acción penal, pues la aplicación del derecho penal pertence exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera al Ministerio Público". A lição caminha no sentido de zelar pelas garantias constitucionais a partir de que "no existe aplicación del derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos y no existe uno sin los otros".[46]

Sublinhe-se que este fenômeno não é peculiaridade brasileira. Em tese doutoral sobre o tema, Nicolás Rodríguez García examina a implantação do

44. Sobre o mito da eficácia, ver a crítica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". In: Alexandre Wunderlich (Org.). *Escritos de direito e processo penal*..., cit., p. 139-147.

45. El derecho procesal en el siglo XX, cit., p. 124.

46. *Principios del proceso penal:* una explicación basada en la razón. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

modelo de justiça penal consensual na Espanha e indica que "en definitiva, el fortalecimiento que en las últimas reformas se ha intentado hacer del consenso en el proceso penal como mecanismo redentor de la justicia penal no ha surtido los efectos esperados. Por este motivo se hace necesaria una reformulación de los presupuestos político-criminales que inspiran todo el sistema procesal penal español, haciendo las modificaciones orgánicas, sustantivas y procesales necesarias, entre las cuales, y como una más, cabe situar el favorecimiento de soluciones consensuadas, un consenso entendido como alternativa limitada y no como sustitutivo genérico del proceso penal, siempre bajo el estricto control judicial y con sujeción al imperio de la ley".[47] No mesmo sentido, José Cafferata Nores assevera que "la noción de consenso se suele relacionar con la idoneidad que se puede reconocer a la expresión unilateral o el acuerdo de voluntades entre órganos públicos, entre éstos y particulares o particulares entre sí, para evitar la iniciación del proceso penal, para lograr su terminación en un plazo menor al previsto ordinariamente, para convenir la imposición y la extensión de la pena, o para procurar soluciones diversas a la aplicación de la sanción como modo de resolver el proceso".[48]

Diante disso, desta tentativa de abreviar procedimentos e impor penas sem processo como se isto fosse uma verdadeira justiça penal consensual, é recomendável o retorno aos clássicos. Sobre o dilema efetividade e garantias, Francesco Carnelutti continua sendo muito atual, ao mencionar que "cuando oímos decir que la justicia debe ser rápida, he ahí una fórmula que se debe tomar con beneficio de inventario; el clisé de los llamados hombres de Estado que prometen a toda discusión del balance de la justicia que esta tendrá un desenvolvimiento rápido y seguro, plantea un problema análogo de la cuadratura del círculo. Por desgracia, la justicia, si es segura no es rápida, y si es rápida no es segura. Preciso es tener el valor de decir, en cambio, también, del proceso: quien va despacio, va bien y va

47. El consenso en el proceso penal español. Barcelona: Bosch, 1997. p. 247.

48. "Consenso y proceso penal". In: Cafferata Nores et. al. *Justicia, proceso y sociedad.* Córdoba: Coleccion Juridica y Social, 1995. p. 11.

lejos. Esta verdad transciente, incluso, de la palabra misma 'proceso', la cual alude a un desenvolvimiento gradual en el tiempo: proceder quiere decir, aproximadamiente, dar un paso después del otro".[49]

Com Salo de Carvalho tive a oportunidade de formular uma crítica sobre as últimas reformas legislativas que introduziram mecanismos de composição civil e transação penal, e deram à vítima um lugar de destaque no processo penal.[50] A par disso, a dogmática do centro do País, principalmente a escola paulista de processo penal capitaneada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover vive (continua vivendo) momento festivo, pois anuncia aos quatro ventos as "grandes/novas conquistas". De um modo geral, esse discurso adquiriu uma sonoridade de discurso oficial. Penso, ao contrário, que não há o que ser comemorado. O discurso inicial veio orquestrado na satisfação da vítima e na autonomia da vontade das partes, mas produziu, em verdade, supressão de garantias.[51] O que desejo agora é reafirmar que não há oficialidade e muito menos senhores donos da razão. Recordando Roberto Lyra Filho,[52] "a missão didática do professor autêntico limita-se a equacionar os problemas emergentes, oferecer informações atualizadas e discutir as propostas que lhe parecem cabíveis; mas não impõe o seu ponto de vista. Ao contrário, estimula o espírito crítico, ajudando a cada um descobrir seu próprio rumo". Então, transpassada a euforia festiva da implantação da Lei 9.099/1995 no Brasil, indago: afinal, qual foi o grande avanço no recurso à justiça penal consensual?

Discutir essa problemática e fazer um contraponto crítico e teórico é fundamental. A Lei 9.099/1995 deve ser revista em sua integralidade e, quiçá, abolida. Vale dizer ainda que o sistema de infrações de menor potencialidade ofensiva não poderia estar divorciado do sistema de garantias. Afinal, não há dois sistemas. O

49. *Cómo se hace un proceso.* 2. ed. Bogotá: Temis, 1994. p. 14.

50. Especialmente a partir da publicação de *Diálogos sobre a justiça dialogal.*

51. Diálogos sobre a justiça dialogal, cit., p. vii.

52. Apud Álvaro Melo Filho. *Reflexões sobre o ensino jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 24.

sistema é, de fato, o único possível: o *rígido sistema de garantias constitucionais*. Este sistema garantista, que ora é adotado, advém, como se disse, da relação biunívoca de garantias substanciais e instrumentais proposta por Luigi Ferrajoli a fim de estruturar um modelo "utilitarista reformado", embasado na máxima felicidade possível para a maioria não desviante e no mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante.[53] Esse modelo garantista que, segundo Salo de Carvalho, pode ser demonstrado na teoria penalógica de Tobias Barreto, "na qual a pena é apresentada como ato político, e o direito, enquanto limite da política, torna-se o parâmetro limitativo da sanção. Contrário aos conhecidos modelos de direito penal máximo que optam pelo primado da política (ou economia) sobre o direito, o modelo garantista, negando as teorias tradicionais da pena, estabelece critérios de minimização da resposta estatal ao desvio punível".[54]

Desde esta perspectiva, há de se criticar a legislação vigente – Lei 9.099/1995, fazendo coro com Gustavo Zagrebelsky quando afirma que "el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo el derecho'".[55]

Bibliografia

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Informalização da justiça e controle social:* estudo criminológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCrim, 2000. Monografia Jurídica, 13.

_____. "A informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e a ampliação do acesso à justiça". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 31, p. 311-324, jul.-set. 2000.

53. *Derecho y razón*, cit., p. 537.

54. "Manifesto garantista". *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais* 2/4-5. Porto Alegre: Itec, ano 1, jul.-set., 1999.

55. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 153.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao estudo do direito penal brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política.* 4. ed. Trad. Carmen Varriale. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998. vol. I.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.

CAFFERATA NORES, José. "Consenso y proceso penal". In: CAFFERATA NORES, José et al. *Justicia, proceso y sociedad.* Córdoba: Colección Jurídica y Social, 1995.

CAMPOS, Carmen Hein de. "Justiça consensual e violência doméstica". *Textos bem ditos.* Porto Alegre: Themis, 2002. n. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso.* 2. ed. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Temis, 1994.

CARVALHO, Salo de. "Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista". In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. "Manifesto garantista". *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais.* Porto Alegre: Itec, ano 1, 2, jul.-ago.-set. 1999. p. 4-5.

_____; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. "É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?". *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre: Notadez, n. 5, p. 125-154, 2002.

_____. "Por uma utopia do possível! Pretensas contribuições a um projeto de reforma dos Juizados Especiais Criminais". *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre: Notadez, pub. Itec/PUC-RS, n. 11, p. 82-96, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais". In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. "Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais: uma leitura de certa 'efetivação' constitucional". *Constitucionalizando direitos:* 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOTTI, René Ariel. "Conceitos e distorções da Lei 9.099/95: temas de direito e processo penal". In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais:* interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón:* teoria del garantismo penal. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibánez, Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantanero Bandréset. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *Derechos y garantias:* la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal:* o criminoso e o crime. São Paulo: Saraiva, 1931.

GIMENO SENDRA, Vicente et al. *Derecho procesal penal*. 3. ed. Madrid: Colex, 1999.

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*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. I.

MELO FILHO, Álvaro. *Reflexões sobre o ensino jurídico.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MONTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. *Principios del proceso penal:* una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Sistema acusatório:* a conformidade das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. I.

_____. "Pena sem processo". In: PITOMBO, Antônio S. de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais:* interpretação crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español.* Barcelona: Bosch, 1997.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino.* Buenos Aires: La Ley, 1945. t. I.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: RT, 2002.

VIEIRA, Luís Guilherme. "Carta de princípios do Movimento Antiterror". *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez, pub. Itec/PUC-RS, n. 10, p. 7-19, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. "Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos". In:

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, A. (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal:* teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____ (Org.). "Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão". *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Paulo Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil:* ley, derechos, justicia. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.