

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

CRISTIANE DE OLIVEIRA IGREJA

A GÊNESE, A CRISE, A INFORMALIZAÇÃO E AS PERSPECTIVAS DO
PROCESSO PENAL: OLHARES

RIO DE JANEIRO
2008

CRISTIANE DE OLIVEIRA IGREJA

A GÊNESE, A CRISE, A INFORMALIZAÇÃO E AS PERSPECTIVAS DO
PROCESSO PENAL: OLHARES

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Nilo César Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO

2008

Igreja, Cristiane de Oliveira.

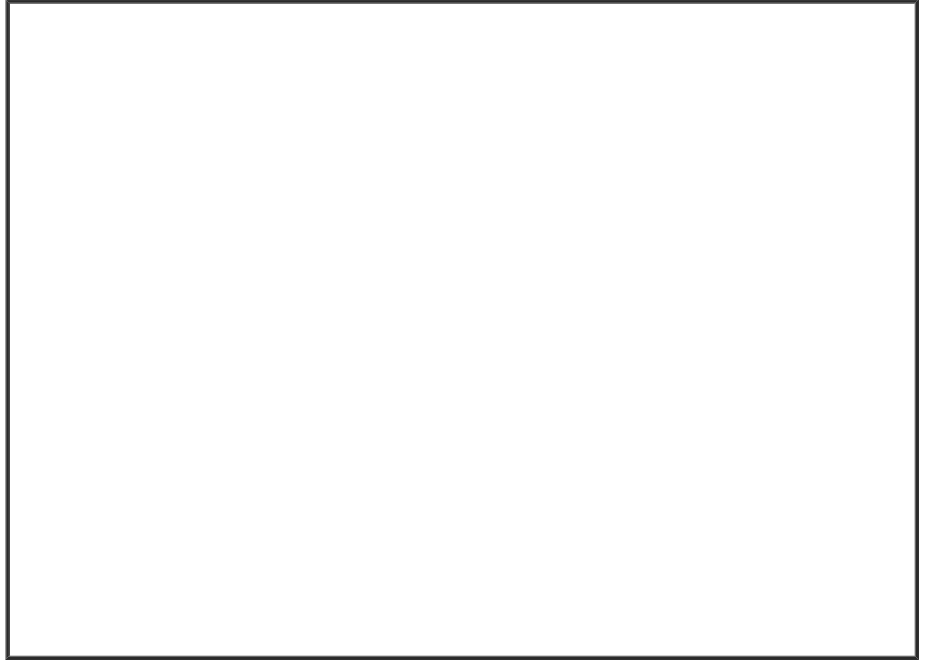
A gênese, a crise, a informalização e as perspectivas do processo penal: olhares / Cristiane de Oliveira Igreja. - 2008. 119 f.

Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 89-95.

1. Processo Penal - Monografias. I. Hora, Nilo César Martins Pompílio da. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. A gênese, a crise, a informalização e as perspectivas do processo penal: olhares.



CRISTIANE DE OLIVEIRA IGREJA

A GÊNESE, A CRISE, A INFORMALIZAÇÃO E AS PERSPECTIVAS DO PROCESSO
PENAL: OLHARES

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Nilo César Martins Pompílio da Hora – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Adjunto Doutor UFRJ – Orientador

2º Examinador

-

3° Examinador

AGRADECIMENTOS

Embora a elaboração de uma dissertação acadêmica requeira, muitas vezes, o enclausuramento, o estímulo e a colaboração das pessoas e instituições que nos cercam são de fato o combustível indispensável para a empreitada. A tarefa de agradecer a todos diz respeito ao reconhecimento de que não se está só no mundo e de que a produção do conhecimento se insere em um feixe de relações sociais que influenciam o resultado alcançado.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus que me deu a vida e a oportunidade de completar mais uma etapa das várias que ainda estão por vir. Sem Sua presença seria impossível buscar meu lugar ao sol, voar com o vento do novo dia ou chegar ao topo das montanhas.

Agradeço ainda pelos Anjos que Ele colocou em meu caminho representados pela minha família, que me apoiou na busca de uma vida melhor, especialmente a meu pai, João pelo exemplo de trabalho e honestidade, e à minha mãe, Palmira, pela força e confiança.

Ao meu orientador, o professor Nilo César Martins Pompílio da Hora que, aberto às minhas idéias e sempre pronto para levantar novos questionamentos e linhas de investigação, tornou-se um amigo e um exemplo da importância da ação individual para dignificar o ensino universitário.

A todos os professores que passaram por minha vida, desde a tenra infância até os tempos de faculdade, que tanto contribuíram para minha formação profissional e pessoal. A vocação de vocês me inspira e desperta em mim o amor ao saber.

Aos meus amigos, cujos nomes não ousarei mencionar por receio de ser negligente e esquecer de alguém especial. Estou segura, todavia, que cada um, em seu íntimo, saberá reconhecer nestas palavras uma singela homenagem a si dedicada. Obrigada pelos momentos que passamos juntos e pelo carinho a mim dispensado. Espero que estejamos sempre unidos na luta por um mundo mais justo.

Enfim, a todos que, de alguma forma, contribuíram e foram solidários a mim na jornada o meu MUITO OBRIGADA!

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de porque se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Não era um que via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa
Alguns textos do Barão de Teive

RESUMO

IGREJA, C. de O. **A gênese, a crise, a informalização e as perspectivas do processo penal: olhares.** 2008. 119 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Esta monografia procura analisar criticamente o processo penal brasileiro no século XXI. Parte-se da hipótese de insuficiência do processo penal para resolver os conflitos na sociedade contemporânea, uma vez que ancorado epistemologicamente nas raízes da ciência moderna e, antes disso, herdeiro de modelos inquisitoriais, tipicamente medievais. Foi realizada abordagem transdisciplinar das emergentes propostas de resolução de conflitos, a partir das experiências de “modelos alternativos de composição”. Em um primeiro momento, são trabalhados os Juizados Especiais Criminais, como marco histórico-legal viabilizador dessas experiências. Com a sua implantação, os Juizados possibilitaram, a seguir, os referidos modelos, quais sejam, a Justiça Terapêutica, a Justiça Restaurativa e a Justiça Instantânea. A análise é feita a fim de demonstrar que estas novas formas de gestão da justiça criminal representam alternativas ao processo penal tradicional e, ainda, são fruto de sua própria crise, apresentando-se como sua exteriorização formal. Ademais, foi realizada análise dos métodos escolhidos e dos fins almejados pelas novas formas de gestão da justiça criminal, demonstrando ora as suas capacidades para ir além das possibilidades oferecidas pelo processo penal, ora as suas insuficiências para superá-lo. A pesquisa, portanto, diagnostica os limites e as possibilidades do processo penal neste início de século desde a sua capacidade para a efetivação do poder punitivo estatal.

Palavras-Chave: Processo Penal; Crise; Novos Modelos de Justiça Criminal; Modelos Alternativos de Composição.

ABSTRACT

IGREJA, C. de O. **A gênese, a crise, a informalização e as perspectivas do processo penal: olhares.** 2008. 119 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to make a critical analysis of the Brazilian criminal procedure in the 21st century. One starts from the assumption that the Brazilian criminal procedure is unable to solve conflicts in contemporary society, as it is epistemologically based on the roots of modern science and, above all, it is heir to inquisitional and typically medieval models. One has adopted a transdisciplinary approach to the emerging proposals to solve conflicts, based on the experiences of “alternative settlement models”. Firstly, one examines the Special Criminal Courts as a historic/legal milestone making those experiences feasible. Afterwards, with their implementation, the Courts made the aforementioned models possible, that is, the Therapeutic Justice, Restorative Justice and Instantaneous Justice. The aim is to check whether those new ways of management by the criminal courts represent alternatives to the criminal procedure and/or if they are the result of their own crisis, presenting themselves as their formal externalization. A fundamental question, which is the objective of the investigation, is to know whether the chosen methods and aimed purposes are superior or inferior to the possibilities offered by the criminal procedure and whether they are consistent with constitutional provisions. The study, therefore, diagnoses the limits and possibilities of criminal procedure at the beginning of this century.

Keywords: Criminal Procedure; Crisis; New Criminal Court Models; Alternative Settlement Models.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ASPECTOS HISTÓRICO-NORMATIVOS: UM OLHAR PARA O PASSADO.....	13
2.1 A Sociedade e o Estado.....	13
2.2 Conflitos de interesses e formas de composição.....	16
2.3 Desenvolvimento histórico.....	19
2.3.1 <u>A evolução do Direito Processual Penal no mundo</u>	19
2.3.2 <u>A evolução do Direito Processual Penal no Brasil</u>	25
3 CRISE E INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA: UM OLHAR PARA O PRESENTE.....	29
3.1 Controle Social e <i>jus puniendi</i>	29
3.2 A função da pena.....	32
3.2.1 <u>Principais teorias sobre os fins da pena</u>	36
3.2.2 <u>A crise das penas de prisão e a emergência das penas alternativas</u>	41
3.3 A crise do processo penal tradicional.....	45
3.4 A institucionalização da informalização: da justiça conflitiva à justiça consensuada.....	54
3.5 A Lei 9.099/95: a ruptura.....	58
3.5.1 <u>As medidas despenalizadoras em foco</u>	62
4 NOVOS PARADIGMAS: UM OLHAR PARA O FUTURO.....	69
4.1 Os novos modelos de administração da Justiça Criminal: abordagem crítica.....	69
4.2 Justiça Restaurativa: humanização e pacificação das relações sociais.....	73
4.3 Justiça Terapêutica: oportunidade de tratamento e (re)construção da cidadania.....	78
4.4 Justiça Instantânea: uma questão de tempo.....	80
5 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS.....	89
ANEXOS.....	96

1 INTRODUÇÃO

Cercado pelas coisas do mundo e convivendo com seus semelhantes, o ser humano, diversamente dos demais seres, problematiza o mundo que o rodeia, colocando perguntas sobre as coisas. Ele não se contenta em simplesmente estar ou transitar entre elas, mas procura esclarecer seu significado. Nasce, assim, a pesquisa. E da pesquisa realizada brotou esta dissertação.

No que concerne à metodologia, a pesquisa empreendida foi de natureza qualitativa mediante a técnica de análise bibliográfica, desenvolvida a partir de um exame documental constituído basicamente de doutrina, artigos científicos, jurisprudência e legislação. Para que a pesquisa atingisse sua finalidade de desenvolver um caráter interpretativo, no que se referia aos dados auferidos, foi imprescindível correlacionar o universo teórico e prático, optando-se por um modelo que serve de embasamento à interpretação do significado dos dados e fatos observados.

Estruturalmente, a dissertação está dividida em três capítulos, que correspondem a olhares voltados para o processo penal. No primeiro capítulo – um olhar para o passado – discorre-se a respeito dos aspectos histórico-normativos do Direito, com ênfase no desenvolvimento do Direito Processual Penal. Dedicada ao estudo das transformações dos grupos humanos, sob diversas influências, a História é a reconstrução lógica do passado. No que concerne ao Direito, solo em que se finca o interesse deste estudo, quis-se, desde logo, acentuar a utilidade e a necessidade da pesquisa histórica para uma melhor compreensão do mundo jurídico e da atualidade.

No segundo capítulo, - um olhar para o presente – busca-se adentrar na seara da crise, vivida pelo processo penal tradicional, tão difundida nos meios jurídicos contemporâneos e da ascensão da informalização da justiça como alternativa às falhas do desenho institucional posto. Muitos são os fatores que contribuem para a crise e alguns deles, quiçá os principais, são analisados criticamente no trabalho. Destarte, objetiva-se demonstrar a importância de uma justiça criminal mais célere, porém sem restrição de garantias, que rompa com a antiga ordem de hipocrisia material de uma justiça meramente formal e compartilhe a tendência no Direito Processual Penal de implantar alternativas à pena privativa de liberdade.

Hodiernamente, debate-se muito acerca da violência, podendo-se afirmar ser um fenômeno extremamente inquietante que vem acompanhado por um discurso de apelo à ordem, maior repressão, anseio por uma maior e mais rigorosa intervenção do sistema penal. Não raras vezes, as notícias, abordadas de forma sensacionalista, que são passadas pelos meios de comunicação, começam não só a (des)informar como a emocionar, manipulando o sentimento de insegurança e de medo coletivo difuso. Por outro lado, paralelamente à sensação de insegurança, que culmina no descrédito das instituições estatais por parte dos cidadãos, o Estado vê-se compelido a recuperar sua legitimidade e a responder aos anseios da população. E, justamente, porque, em geral, a resposta mais imediata é a penalização da miséria e o encarceramento dos desviantes, no segundo capítulo, também é examinado o papel social da prisão através da desconstrução de pressupostos ideológicos e falaciosos do tratamento e da ressocialização por intermédio do sistema penitenciário.

O fomento promovido pela globalização e a imposição do consumo conduz a uma nova forma de análise, que ultrapassa os limites da disciplinaridade, sendo que, se é razoável crer que as formas de desvelar esses conflitos inseridos na sociedade complexa não estão dispostas em uma única disciplina, então provavelmente suas soluções também não serão encontradas através de uma única política de atuação. Nesse sentido, o sistema penal, baseado na idéia de verdade absoluta, tem seus paradigmas abalados. E o Estado, por sua vez, na tentativa de dar uma resposta imediata aos anseios da população, promove a criação contínua de leis e tipos penais, ocasionando uma inflação legislativa, porém, nesse processo, ele escancara a violação de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, generaliza a insatisfação social, deixando de tutelar justamente aquilo a que se dispunha.

Ainda no segundo capítulo, partindo do reconhecimento da pluralidade do fenômeno jurídico, correspondente aos diferentes contextos estruturais de produção do direito, e do resgate das teorias que, de um ponto de vista sociológico, procuraram explicar o comportamento desviante e as reações sociais ao crime, procura-se compreender o sentido das possibilidades e dos limites da informalização da prestação estatal de justiça penal nas sociedades contemporâneas.

Sendo assim, trava-se um diálogo acerca dos Juizados Especiais Criminais. Na contramão das tendências repressivas, o artigo 98, I da Constituição da República dispõe que os Estados e a União deveriam criar Juizados Especiais com competência para processar e julgar infrações penais de menor potencial ofensivo. Sendo assim, a Constituição dispôs sobre uma nova modalidade de delito na legislação brasileira – crime de menor potencial ofensivo – bem como impôs a readequação processual para o seu ajustamento, projetando sistema

moldado pelo procedimento sumaríssimo e baseado, fundamentalmente, nos princípios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, visando à composição civil, à transação penal, ou à suspensão condicional do processo.

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

No entanto, apesar de ter promovido uma verdadeira ruptura no sistema processual penal brasileiro, os Juizados Especiais Criminais não deixam de ser alvo de censuras. Intentando visualizar novas perspectivas de diálogo entre as teses e antíteses sobre os processos de informalização, as críticas são apresentadas de maneira que se possa compreender se a lógica da informalização está acompanhada da renúncia do Estado ao controle de condutas ou se, ao contrário, trata-se de alternativas mais democráticas e eficazes com base no consenso e na participação ativa das partes envolvidas.

Vozes se levantam aduzindo que sob o manto dos “crimes de menor potencial ofensivo” várias condutas já esquecidas foram recriminalizadas. Mas será isso mesmo ou elas não batiam à porta do Judiciário por motivos outros, como a dificuldade de acesso à justiça? Dialogar neste mundo de pouco entendimento, sem dúvidas, é uma virtude. A pesquisa traz a oportunidade de questionamentos que têm seus méritos.

O terceiro capítulo – um olhar para o futuro – aponta para o surgimento de novas formas alternativas de solução de conflitos. Na tentativa de obter maior intensidade na resposta pública à questão do crime e das transgressões, propõe-se um debate sobre novos paradigmas que transcendam a controvérsia criminológica, que gira em torno das doutrinas da lei e da ordem e do garantismo, para lançar um novo olhar sobre o crime.

Retirando das mãos da polícia o exercício da seletividade e dando à vítima a possibilidade de participação no processo, o sistema penal informalizado abre novas perspectivas, substituindo a punição pela mediação e a violência pelo diálogo, mas esbarra na dinâmica burocratizante e autoritária dos mecanismos de vigilância e controle social institucionalizados.

Faz-se mister, todavia, que as novas formas de resolução dos conflitos criminais – Justiça Restaurativa, Justiça Terapêutica e Justiça Instantânea – assumam a complexidade do fenômeno criminal, do contrário estarão fadadas ao fracasso. Ignorar que o crime não pode ser analisado somente pelo viés jurídico deixou de ser uma postura inovadora para se tornar uma condição necessária para o enfrentamento das questões criminais contemporâneas.

Articular a conformidade constitucional com a simetria do sistema processual penal, em face do fundo cultural sobre o qual se erguem ambos os valores, é uma das pretensões deste trabalho. A hipótese sobre a qual se baseia o estudo pressupõe a tensão real entre normatividade e facticidade do sistema jurídico processual penal, em virtude da qual são perceptíveis dimensões reais e contraditórias de atuação de agentes sociais e funcionamento de instituições cujo fim consiste, tanto quanto possível, na adjudicação de soluções legítimas aos conflitos de interesses travados no âmbito penal.

Compreender a peculiar realidade do processo penal brasileiro, que, a par das influências externas, reflete consideravelmente o jeito de um povo ser e estar no mundo e de projetar valores e expectativas, é o resultado natural do desenvolvimento, sem perder de vista, porém, a noção exata das relações que vão se estabelecendo entre a democracia, inclusive no processo, prometida pela Constituição de 1988 e a visão da persecução penal atual.

O espírito transdisciplinar, ao dialogar sobre tema tão atual e instigante, ensejou este estudo sobre a gênese, a crise, a informalização e as perspectivas do processo penal. Espera-se que possa ele contribuir para o incremento do pensamento crítico-reflexivo no direito processual penal nacional.

2 ASPECTOS HISTÓRICO-NORMATIVOS: UM OLHAR PARA O PASSADO

2.1 A Sociedade e o Estado

Mesmo nas mais remotas épocas a que se possa volver, o homem sempre é encontrado em estado de convivência com os outros, por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem. O homem singular, vivendo só e completamente isolado, próximo a seus semelhantes, mas sem qualquer relação com eles, não se encontra na realidade da vida.

Sem a pretensão de esgotar a exposição das teorias sobre a origem da sociedade, porém, reconhece-se a necessidade de adentrar pelas sendas dos precípuos pensamentos a respeito do surgimento da vida social no intuito de desvendar as bases de formação e ascensão do Estado.

Para Ranelletti¹, adepto do fundamento natural da sociedade, o homem é induzido por uma necessidade natural. Associar-se com os outros seres humanos é, para ele, condição essencial de vida. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os animais irracionais, que se agrupam por mero instinto, sem aperfeiçoamentos.

De outro lado, sustentam os contratualistas que a sociedade é, tão-só, o produto de um acordo de vontades, vale dizer, de um contrato hipotético celebrado entre os homens. Assinala-se que existe diversidade grande de contratualismos com as mais variáveis explicações para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes, mas um ponto pacífico entre eles é a negativa do impulso associativo natural, pois só a vontade humana justifica a existência da sociedade.

¹ RANELLETTI, Istituzioni di Diritto Publico, Parte geral, *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

² Designando-se por esta expressão “estado de natureza” não só os estágios mais primitivos da História, mas também a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes.

Entre os contratualistas, pode-se destacar Thomas Hobbes que, em *Leviatã*, explicita que, antes da formação do Estado, os homens viveriam em um estado de natureza², em que a busca desenfreada da satisfação de seus desejos egoístas e a necessidade de se defender dos outros homens os colocaria em uma situação de guerra. Cada um viveria constantemente temeroso de que outro viesse a causar-lhe algum mal. Por conseguinte, esse temor gera um estado de desconfiança.³ É nesse ponto que interfere a razão humana e o homem descobre os princípios que deve seguir para superar o estado de natureza e constituir o estado social.

Em sua obra, encontra-se uma clara sugestão ao Absolutismo. O pensador pretende justificar o monopólio do uso da força pelo Estado, e, por conseguinte, devido às circunstâncias de sua época, pelo monarca. São, então, desenvolvidos dois conceitos que, segundo ele, criam uma situação de ausência de justiça e injustiça no estado de natureza, a saber: o direito de natureza e a liberdade.

Hobbes afirma que o direito de natureza:

É a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.⁴

E a liberdade é:

A ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta, conforme o que seu julgamento da razão lhe ditarem.⁵

Assim, para que haja paz entre os cidadãos, faz-se necessário que se erija um poder central, para tanto, todos os homens deveriam ceder e transferir suas liberdades a um homem ou assembléia de homens (soberano), de forma que todas as suas ações sejam autorizadas desde o momento da cessão.

Hobbes desenvolve um conceito de lei civil, que se constitui, segundo ele, pelas regras que o Estado impõe aos seus súditos, “oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal”, ou seja, “do que é contrário ou não é à regra.”⁶, atribui-lhe as seguintes características: o soberano é o Estado que cria as leis; ele não está obrigado a obedecê-las, à medida que pode revogá-las a qualquer tempo; os costumes só adquirem autoridade de lei, por causa da vontade do Estado, manifestada pelo silêncio⁷; as leis devem ser escritas e publicadas através de sinais que

²

³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, passim.

⁴ Ibidem. p. 113.

⁵ Loc. cit.

⁶ Ibidem. p. 207.

⁷ Ibidem. p. 210.

manifestem serem elas provindas do Estado⁸; e, por fim, os intérpretes das leis só podem ser designados pelo soberano⁹.

Não tardaram as reações às idéias absolutistas de Hobbes, entretanto, mesmo os que se opunham à espécie de contratualismo daquele, tomavam posição contratualista. Dentre eles, Montesquieu que, embora se refira ao homem em estado natural, aduz que esse mesmo homem sentiria, antes de tudo, sua fraqueza e vulnerabilidade, estando permanentemente com medo. Todavia, o pensador não chega a mencionar explicitamente o contrato social, passando diretamente à apreciação das leis do governo, sem fazê-las derivar de um pacto inicial.¹⁰

Contudo, sem dúvida, em termos de repercussão prática, foi *O Contrato Social* de Rousseau que exerceu influência direta sobre a Revolução Francesa e, posteriormente, sobre movimentos tendentes à afirmação e à defesa dos direitos naturais da pessoa humana. Supõe o autor que os homens chegaram a um ponto em que os obstáculos à sua conservação excederam sua resistência, sendo preciso, desta sorte, encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado. É, então, que ocorre a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade e, nesse instante, produz-se um corpo moral e coletivo, que é o Estado.¹¹

“O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se a ferros.”¹² Segundo Rousseau, a liberdade é condição *sine qua non* para o homem se sentir humano.¹³ A igualdade dos homens é o direito que garante essa liberdade. A força é meramente uma situação de fato o que não constitui direito, por conseguinte, não é capaz de legitimar o poder estatal.¹⁴ Diante disso, só as convenções podem ser “a base de toda a autoridade legítima existente entre os homens.”¹⁵

Dito isto, importa salientar que com o exame, ainda que superficial, da origem da sociedade e do Estado, procura-se a justificativa para a os meios de controle e o aproveitamento da natureza, a sociedade, inicialmente, simples foi se tornando cada vez mais complexa, em que pese a manutenção de seus elementos básicos, quais sejam, objetivo comum, manifestações de conjunto ordenadas e poder social.

⁸ Ibidem. p. 212.

⁹ Ibidem. p. 213.

¹⁰ MONTESQUIEU, Do Espírito das leis, Livro I, cap. II. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 17.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997. p. 53.

¹³ “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres.” Ibidem. p. 62.

¹⁴ “Convenhamos, pois, em que a força não faz o direito e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos.” Ibidem. p. 60.

¹⁵ Ibidem. p. 61.

Significa dizer que não basta uma reunião de indivíduos para que se tenha estabelecida uma sociedade, posto que é cogente que essas pessoas tenham se juntado em vista de um fim, que, em se tratando da sociedade humana, é o bem comum.

Para que haja um sentido de conjunto e para que se assegure um rumo certo, os atos praticados isoladamente devem ser conjugados e integrados em um todo harmônico, surge, assim, a exigência de ordem. Mas, havendo tanta diversidade de preferências, de aptidões e de possibilidades entre os homens, como assegurar que, mantendo-se a liberdade, exista unidade na variedade, conjugando-se todas as ações humanas em função de um fim comum? E mais, diante de tanta divergência de pensamentos e comportamentos, como evitar que atritos ocorram?

2.2 Conflitos de interesses e formas de composição

Quando o Estado ainda não tinha poder suficiente para ditar normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que possuía um interesse e queria vê-lo realizado fazia, através da força e da violência, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Portanto, prevalecia a autodefesa ou a justiça do mais forte sobre o mais fraco, em detrimento da justa composição do conflito. Nesse momento, a repressão aos atos criminosos se perfazia através da vingança privada, pois a reação era puramente pessoal, sem intervenção ou auxílio de terceiros.

Além da autotutela, outra forma de solução empregada era a autocomposição, na qual uma das partes envolvidas no litígio, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele. Três são as formas de autocomposição, quais sejam, desistência, submissão e transação. Também, aqui, a extinção do conflito se dá através de atividade das próprias partes e que, de certa forma, perdura até hoje.

Ulteriormente, no período romano denominado de *cognitio extra ordinem*, consolidou-se a justiça pública. A partir de então, o Estado passou a ditar a solução para os conflitos de interesses. Rechaçou-se a autotutela ou autodefesa e edificou-se o poder do Estado de dizer o direito.

Nos Estados feudais, vencer alguém era privá-lo de suas armas, derivando daí uma concentração do poder armado. Igualmente, a concentração de bens se fazia em forma de rivalidade e contestação. Assim, compreende-se o porquê dos mais poderosos procurarem

controlar os litígios judiciais, impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos e o porquê de tentarem apossar-se da circulação judiciária e litigiosa dos bens. Foi desta forma que gradualmente surgiu o Poder Judiciário. Foucault esclarece de que modo deu-se o monopólio da administração da Justiça pelo Estado: “Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e poderosos.”¹⁶

Diante disso, os indivíduos não terão mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios, uma vez que deverão submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político.

Por volta do século XII, surge a figura do procurador, equivalente ao Ministério Público hoje, que se apresenta como o representante do soberano. O Estado, nesse momento, tem interesse na solução dos conflitos e, então, em havendo crime ou contestação entre indivíduos, apresenta-se, por meio do procurador, como um poder lesado pelo único fato de ter havido um crime. Aos poucos, o Estado vai substituindo a vítima, o que permitiu a ele o controle dos procedimentos judiciais.¹⁷

De início, a intervenção de terceiro na dissolução do conflito surgiu com a escolha de um árbitro imparcial pelos próprios conflitantes. Em geral, essa escolha recaía sobre sacerdotes, que julgavam de acordo com a vontade dos deuses, ou sobre anciãos, que decidiam conforme os costumes e as tradições. Posteriormente, o Estado passou a ter o poder de indicar o árbitro independentemente da vontade das partes e o sistema de arbitragem facultativa, ou seja, os árbitros, primeiramente, era escolhido pelos próprios litigantes, se transmudou em um sistema de arbitragem obrigatória, na qual a escolha cabia ao poder estatal.

Destarte, o Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Ofertou-se, assim, àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da sua própria força o direito de ação, que dará ensejo ao processo judicial, por intermédio do qual o Estado-juiz, substituindo-se à atividade das partes, impõe a regra jurídica que deve regular o caso.

Conforme observa Fernando da Costa Tourinho Filho:

Para manter a harmonia no meio social e, enfim, para atingir os seus objetivos, um dos quais se alça à posição de primordial – o bem-estar geral –, o Estado elabora as leis, por meio das quais se estabelecem normas de conduta, disciplinam-se as relações entre homens e regulam-se as relações derivadas de certos fatos e acontecimentos que surgem na vida em sociedade. Essas normas, gerais e abstratas,

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003. p. 65.

¹⁷ *Ibidem*. p. 66.

dispõem, inclusive, sobre as conseqüências que podem advir do seu descumprimento. Em face de um conflito de interesses, dê que juridicamente relevante, a norma dispõe não só quanto à relevância de um deles, como também quanto às conseqüências da sua lesão.¹⁸

No processo penal, o conflito de interesses se verifica entre o direito subjetivo de punir do Estado, o *jus puniendi* no caso concreto, e o direito de liberdade do autor da conduta punível, o *jus libertatis*. E às partes, que não podem mais agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E a jurisdição se exerce através do processo.

Enaltecendo o aparecimento do processo como instrumento compositivo de litígio, Afrânio Silva Jardim a ele se refere do seguinte modo:

Fácil de ver como o processo é uma resultante da evolução gradativa, natural e necessária do evoluir civilizatório. Somente após o desenvolvimento cultural do homem pôde-se conceber esta engenhosa forma de resolver os interesses contrários. O processo é uma das grandes invenções da humanidade.

[...]

Descoberta a fórmula ideal de composição do conflito de interesses, o Estado monopolizou-a. Quer dizer, está vedada a justiça privada.¹⁹

Nesse sentido, o Código Penal atual incrimina o exercício arbitrário das próprias razões, seja pelo particular, através do tipo do artigo 345, vedando que se faça justiça pelas próprias mãos, seja pelo Estado, coibindo o exercício arbitrário ou abuso de poder, conforme artigo 350.

Não obstante, casos há em que as circunstâncias excepcionais autorizam a atuação privada na proteção de interesses. A uma, pela impossibilidade do Estado-juiz estar presente sempre que um direito esteja sendo ou na iminência de ser violado. A duas, pela ausência de confiança de cada indivíduo no altruísmo alheio. Exemplo disso está na legítima defesa, no estado de necessidade, no exercício regular do direito, que são condutas lícitas.

De outro lado, incentiva-se a autocomposição dos litígios na esperança de que o conflito seja absorvido naturalmente pelo meio societário. Este estímulo se dá principalmente mediante a conciliação.

Urge ressaltar que vem se fortalecendo contundentemente a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro viés, cresce sobremaneira a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar por meio do exercício da jurisdição.

¹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20. ed. rev., modificada e ampl., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 4-5.

¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal; estudos e pareceres**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 15-18.

Todavia, antes de adentrarmos no debate da crise do processo penal, imperioso se faz investigar a origem e a trajetória do sistema processual penal do ponto de vista histórico. Para descobrir para aonde ruma uma instituição, é mister conhecer os caminhos que até então traçou.

2.3 Desenvolvimento histórico

A relevância do exame das legislações pretéritas revela-se não só para a elucidação de determinados institutos, mas também porque o legislador, não raro, recorre a essas legislações e à experiência vivida para enfrentar os problemas sociais do momento. É bem verdade que tais institutos ressuscitados assumem um novo colorido, mas as suas raízes, em geral, são encontráveis no seu conteúdo histórico.

A estrutura, os elementos e as peculiaridades dos atuais sistemas processuais penais são produto de uma extensa evolução histórica, que se confunde com o próprio desenvolvimento da civilização ocidental ou, ao menos, com a forma pela qual se exerceu o poder nesta parte do mundo.

2.3.1 A evolução do Direito Processual Penal no mundo

É interessante perceber que, ao longo dos séculos, todos aqueles aos quais se atribuiu o exercício do *ius accusationis* dele fizeram uso irregular, temerário ou abusivo, em distintas variações de grau. E, como poder-se-á constatar, estas variações se vinculam à evolução que culminou com a publicização do sistema acusatório.

Na Grécia Antiga, por volta do século V a. C., o sistema processual penal distinguia delitos públicos, que eram aqueles que afetavam a ordem e paz públicas, e delitos privados, os quais vilipendiavam apenas o direito do ofendido, singularmente considerado. No último caso, a persecução ficava reservada ao lesado, ou, no caso de menor, mulher e escravo, a seu representante legal. A respeito, Marcellus Polastri Lima salienta que: “Na Grécia, os chamados crimes privados eram reprimidos por particulares, cabendo à sociedade a repressão

aos crimes públicos, e os crimes políticos eram apreciados pela Assembléia do Povo.”²⁰ Urge esclarecer, no entanto, que, a fim de rechaçar ações demasiadamente levianas e abusivas, ou com o objetivo específico de prejudicar terceiros, o cidadão acusador deveria depositar uma quantia pecuniária relativa às despesas do processo.

Em Roma, diante dos diferentes sistemas de organização política que se sucederam, a titularidade e a forma pela qual se exercia a ação penal não se mantiveram constantes. Observa-se que também ali se fazia distinção entre *delicta publica* e *delicta privata* e, conforme destaca o autor supracitado:

Já na Roma Antiga os chamados *delicta privata* tinham como árbitro o Estado, que decidia conforme as provas apresentadas pelas partes. Porém, com o tempo passou a ser abandonado tal processo penal privado, enquanto se fortalecia o julgamento dos *delicta publica*. Em tal processo público, a princípio, inexistia limitação quanto ao julgamento pelo Estado, sendo que, apenas posteriormente, com a *Lex Valeria de Provocatione*, foi estipulado o direito de o réu recorrer para um comício popular.²¹

Durante a fase monárquica romana (754 a. C. a 509 a. C.), o exercício da ação penal nos delitos considerados públicos era levado a efeito pelo monarca, o qual normalmente atribuía tal função a magistrados designados por ele, tais como os *duoviri perduellionis* e aos *quaestores parricidii*.²² Era suficiente a *notitia criminis* para que o magistrado procedesse às investigações, prescindindo-se de uma acusação. Não havia limites ao arbítrio dos juízes. Já nos casos dos delitos privados era necessário que o ofendido estivesse no gozo pleno de seus direitos para levar a causa perante o rei ou o magistrado.

Com o advento da República romana passou-se paulatinamente à secularização da justiça penal, o que resultou na *accusatio*, através da qual qualquer cidadão passou a ostentar de arrogar-se como acusador em qualquer espécie de delito. Desta sorte, também a persecução penal pública se translada das mãos do magistrado às mãos do cidadão, pois concebia-se o crime como um atentado às condições mínimas de coexistência da comunidade e, no processo penal, não se reservava a legitimação ativa para perseguir penalmente aos ofendidos diretamente pelo comportamento impugnado, conforme sucedeu-se séculos, mas, ao contrário, erigia-se representante livre dentre os membros da comunidade.²³

Sem embargo, o acusador respondia penalmente pelo exercício inidôneo de sua função e de acordo com as palavras de Fernando Da Costa Tourinho Filho:

²⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1. p. 1

²¹ Loc. cit.

²² ABALOS, Raúl Washington. **Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales**. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993. p.410.

²³ Ibidem. p. 40-41.

Iniciava-se o processo com a *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quaesitor* – quem decidia se o fato alegado constituía crime e se não havia nenhum obstáculo para que a demanda fosse admitida. Aceita a *postulatio*, dava-se a *inscriptio*, isto é, inscrevia-se a *postulatio* no registro do Tribunal, e, uma vez inscrita, já não podia o acusador desistir e, ao mesmo tempo, nascia para ele o direito de proceder às necessárias investigações para demonstrar em juízo a acusação. Devia, pois, o acusador acompanhar a causa desde a *postulatio* até a decisão final – *perseveraturum* se incrimine *usque ad sententiam*. Punia-se a tergiversação com multa, ficando ainda o tergiversador proibido de proceder a outras acusações. Se na acusação apresentasse fatos falsos, incorreria no crime de calúnia e seria punido.²⁴

Com efeito, a extensão da faculdade de perseguir penalmente acarretou um extraordinário crescimento de acusações infundadas, movidas apenas pelo desejo de vingança, além disso, confiar a acusação penal a cidadãos como representantes da comunidade acarretava como conseqüência a impunidade de delitos que não encontravam eco na persecução penal popular. E foi assim que, ao tempo do Império romano (iniciado em 27 a. C.), a *accusatio* cedeu lugar à *cognitio extra ordinem*, que se baseava no sistema inquisitório, logo os cidadãos foram privados de sua função representativa da sociedade e o direito de perseguir penalmente foi transferido a funcionários estatais, sendo a ação penal confiada, na capital do Império romano, ao *praefectus urbi* e ao *praefectus praetorii* e, nas províncias, aos *praesides* e aos *proconsules*.²⁵

O Direito Germânico igualmente fazia a diferenciação entre crimes públicos e crimes privados. Caracterizava-se pela vingança privada, sendo considerados privados crimes de grande gravidade, e, admitindo-se posteriormente a composição como forma de resolução de conflitos. Nesse diapasão, ressalta Marcellus Polastri Lima que poderia a persecução penal ser realizada pela Assembléia, mas isto necessitava de requerimento da vítima ou de seu representante, sendo ela presidida por rei, príncipe ou nobre.²⁶ Feita a acusação, era o réu citado para comparecer ante a Assembléia. A confissão continha um valor extraordinário e as provas eram adquiridas por juramento e ordálios ou juízos de Deus. Tourinho Filho esclarece que: “O acusado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelos Juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade.”²⁷ O que fundamentava a prova do juramento era a crença de que Deus, conhecedor do passado, poderia castigar aquele que jura falsamente.

Em contrapartida, os ordálios, segundo a descrição de Michel Foucault:

[...] consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria. Por exemplo, na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 81.

²⁵ ROMEIRO, José Alberto. **Da ação penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 55.

²⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. p. 2.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 83-84

assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado.²⁸

E continua o mesmo autor:

Todos estes afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são uma transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte. No velho Direito Germânico, o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra.²⁹

Na Idade Média, intensificou-se ainda mais o sistema da *inquisitio*. Junto ao crescimento da Igreja Católica, apresentava-se uma descentralização do poder político, pois ainda se gestava a formação dos Estados Nacionais. O processo canônico exerceu grande influência na Europa continental, sobretudo, durante os séculos XII ao XVIII. No ano de 1184, realizou-se o Concílio de Verona, reunião eclesiástica considerada o marco inicial da Inquisição. Em seguida, o Papa Inocêncio III modifica as formalidades do direito canônico, inaugurando efetivamente a Inquisição, diante da necessidade de investigação de condutas de clérigos. As regras básicas da *inquisitio* foram instituídas no IV Concílio de Latrão em 1215.³⁰

Consoante o *Malleus Maleficarum*, escrito em 1484, em conformidade com a Bula Papal de Inocêncio VIII, e considerado a Bíblia da Inquisição, três eram os métodos de se dar início ao processo, devendo o juiz dar prevalência ao terceiro deles. No primeiro, tem-se a acusação de uma pessoa por outra perante o juiz, seja do crime de heresia, seja do crime de dar proteção a algum outro herege, sendo que o acusador se oferece para prová-lo e se submete à Lei de Talião caso não o consiga. De acordo com o segundo método, ocorre a denúncia de uma pessoa por outra que não se propõe, contudo, a prová-lo e se recusa a envolver-se diretamente na acusação; mas alega que presta informação para o zelo da fé, ou em virtude de uma sentença de excomunhão, ou em virtude de castigo temporal requerido pelo juiz secular para aqueles que deixam de prestar tal informação. Já no terceiro, tem-se a inquisição propriamente, ou seja, não se tem a presença de um acusador, apenas uma denúncia geral de que há bruxas em determinado local. Portanto, o juiz deverá proceder não por solicitação de qualquer das partes, mas pela obrigação que lhe imposta pelo seu ofício.³¹

²⁸ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 60.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002. passim.

³¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. *Malleus maleficarum*. Tradução Paulo Frós. 4. ed., Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991. p. 396-397.

O Santo Ofício (Tribunal da Inquisição) era muito temido. A prática da tortura no processo inquisitório era comumente levada a cabo pelos juízes que, atuando como acusadores, ao invés de se convencerem por intermédio das provas carreadas aos autos, deturpavam o material probatório no sentido de que este demonstrasse o acerto da acusação formulada inicialmente.³²

Correlacionado à tortura, a inquisição utilizou-se do sistema das provas legais, pelo qual se procurava racionalizar as técnicas do acerto dos fatos, por intermédio de uma sistemática em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado. E a confissão apresentava um valor máximo, logo a atividade probatória, via de regra, resumia-se a uma desenfreada busca da confissão, rainha das provas.

Frisa Maria Elizabeth Queijo que: “Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão.”³³

O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política. No decorrer dos séculos, existiram diversos diplomas legislativos que consagraram o sistema inquisitivo na Europa. Dentre os quais, pode-se citar, na Itália, os processos *per denuntiationem et per inquisitionem* desenvolveram-se bastante e até hoje, em várias cidades italianas, vê-se esculturas em forma de leão com a boca aberta, as “bocas da verdade”, destinadas a receber as denúncias secretas na época. Na Espanha, o *Libro de las Leyes*, mais conhecido como *Las Siete Partidas*, que foi concluído por Afonso X, o Sábio por volta de 1276. Na Alemanha, a recepção se deu apenas em 1532, por obra do Imperador Carlos V, que instituiu a *Peinliche Gerichtsordnung*, também conhecida por *Constitutio Criminalis Carolina*. Na França, a introdução do direito romano-canônico se deu, devido a Luís IX, com a *Ordonnance* de 1254, no entanto, sua codificação definitiva ocorreu por meio da *Ordonnance* de 1539, obra de Francisco I; em 1670, no reinado de Luís XIV, surgiu a grande *Ordonnance sur la procédure criminelle* e, posteriormente, a *Ordonnance* de Luís XVI, na qual o processo penal era escrito, secreto e não contraditório, conforme ensinamento de Tourinho Filho.³⁴

Com o fim do Antigo Regime e a profusão da doutrina iluminista derivada da Revolução Francesa de 1789, o processo penal sofreu influência das idéias liberais e do

³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 22.

³³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 85-86.

espírito humanitário, gestados desde as primeiras luzes do século XVIII, sendo intensa a fermentação de ideais democráticos. Em meio a tantas célebres obras surgidas nesse período, destaca-se *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria, publicada em 1764, na qual combatia a tortura e a pena de morte, além de ter clamado pelas acusações públicas.

Muito se discutia a respeito da conveniência de se confiar a acusação pública a um vingador público, como o chamava o próprio Montesquieu, ou mesmo repristinar o caráter popular da ação, reservando a um órgão público funções subsidiárias ou supletivas. Prevaleceu a primeira solução, sobretudo a partir da legislação revolucionária e com o napoleônico Código de Instrução Criminal de 1808, os quais possibilitaram o exercício da ação penal ao Ministério Público, sendo tal quadro reproduzido em quase todo o restante da Europa. Adverte-se que tal código pretendeu estabelecer uma solução de compromisso entre o inquisitorialismo, desenvolvido nos regimes absolutistas, e o modelo acusatório praticado na Inglaterra, sendo este percebido pelos iluministas como o mais apto à preservação dos direitos individuais. Desta tentativa de conciliação surgiu o chamado sistema misto, através dele tentou-se preservar concomitantemente o interesse repressor do Estado e as garantias dos que se submetiam à persecução penal.

O início do século XX foi marcado por reformas parciais e efêmeras que sobrevieram aos impulsos de sistemas de organização política autoritarista. Algumas décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, observou-se um reflorescimento do sistema acusatório no continente europeu. Na América Latina, especificamente, no apagar das luzes do século passado, foi intensa a proliferação de estatutos processuais penais que perfilharam o sistema acusatório.

Todavia, em que pese a afirmação predominante do sistema acusatório, não existe empecilho a que o deflagrador da acusação penal venha a inspirar-se na má-fé ou aja de forma temerária ou abusiva. Com efeito, o Ministério Público se consubstancia em órgão estatal vinculado à consecução da Justiça essencialmente, como meio de libertação cidadã, mas não se deve ingenuamente pensar que a referida instituição está imune a práticas abusivas ou desleais no exercício do direito de ação penal pública. É indiscutível que, sob a perspectiva histórica, a instituição deu organização e dignidade à função acusatória. Mas, ainda assim, não despiu os seus agentes da natureza humana e não os vacinou contra o acerbamento do entusiasmo.³⁵

De outro lado, em certas legislações, outra figura poderá fazer uso dos direitos processuais, na medida em que o legislador lhe defere essa possibilidade, está-se a falar no

³⁵ TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. passim.

ofendido ou seu representante. A acusação privada decorre de legitimação extraordinária, na qual, de acordo com as lições de José Frederico Marques o: “Estado transfere ao particular o direito de agir e de acusar, para que este promova a instauração do processo penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva.”³⁶ Ressalte-se, contudo, que o Ministério Público continua encarregado de velar e fiscalizar os atos praticados no processo.

Por todo o exposto, percebe-se que a trajetória do processo penal, do ponto de vista histórico, notadamente com relação a categorias básicas do direito processual penal, é marcante no sentido de que evoluíram de uma visão privatística para concepções publicísticas.

2.3.2 A evolução do Direito Processual Penal no Brasil

Durante todo período colonial, até os primeiros anos do Império, vigoraram no Brasil as Ordenações Manuelinas e, sobretudo, as Filipinas, que tiveram por fonte, além das Ordenações anteriores, a Coletânea de Duarte Nunes Leão e a legislação extravagante posterior.

Em 1530, D. João III determinou a colonização do Brasil, confiando-a a Martim Afonso de Souza. A posse efetiva do território, contudo, só viria a ser tentada com o regime de capitanias hereditárias. As doações das capitanias ocorreram no início de 1534 até 1536. E aos donatários foram outorgadas as jurisdições civil e penal, especificados os privilégios nas cartas de doação ou forais.³⁷

O êxito apenas relativo do sistema de capitanias hereditárias fez com que o rei de Portugal instituisse, em 1548, o Governo-Geral. Enquanto ao tempo das capitanias hereditárias o regime era do arbítrio personalista do donatário, com o advento dos Governos-Gerais, a administração da justiça apresentou-se mais centralizada e disciplinada.

No tocante à evolução legislativa do Brasil Colônia, José Henrique Pierangeli observa que:

[...] grande parte da legislação penal e processual penal que vigorou no Brasil até sua independência se encontrava nas Ordenações, principalmente no Livro V das Ordenações Filipinas. Mas, além de disposições existentes no Livro III destas últimas, vigoraram leis extravagantes, também portuguesas, e legislação editada no Brasil, a partir de 1808, com a vinda da Família Real. Acrescente-se a toda essa

³⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito procesual penal**. Volume I. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 323.

³⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p. 17.

legislação aquela que o Príncipe Regente D. Pedro editou antes da proclamação da nossa independência.³⁸

E o autor ainda destaca a produção legislativa da época com conteúdo processual penal:

Assim, o Alvará de 1º de abril de 1808, que criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça; o Alvará de 22 de abril de 1808, que criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens; o Alvará de 10 de maio de 1808, que ‘regula a Casa da Suplicação e dá providências a bem da administração da Justiça’; o Decreto de 22 de outubro de 1810, que ‘concede perdão aos criminosos presos’; o Decreto de 6 de fevereiro de 1818, que ‘perdoa aos presos que se acharem por causas crimes nas cadeias públicas deste Reino do Brasil, com exceção de crimes enumerados’; o Alvará de 30 de março de 1818, que ‘proíbe as sociedades secretas debaixo de qualquer denominação que seja’, quando não se admitia ‘privilégio, isenção ou concessão alguma, ou seja de foro, ou de pessoa, ainda que sejam os privilégios incorporados em direito, ou os réus sejam nacionais ou estrangeiros’, quando, sequer era admitida a fiança, e para a apuração deveria proceder à devassa geral; o Decreto de 30 de julho de 1818, que cuidou das ‘execuções de pena última’; o Decreto de 20 de março de 1821, que concedeu perdão a todos os réus, com as exceções enumeradas, em regozijo pelo ‘Juramento das decretadas Bases da Constituição’ da nação portuguesa; Lei de 19 de dezembro de 1821, que ‘permite que nos acórdãos das Relações, e nas sentenças em que os juizes votam coletivamente, possam os mesmo juizes assinar-se vencidos, ficando responsáveis pelos julgados os que assim não o fizerem’; o Decreto de 23 de março de 1822, assinado pelo Príncipe D. Pedro, como Regente, em ‘que estende ao Reino do Brasil o perdão concedido aos réus no Reino de Portugal por ocasião do Juramento das Bases da Constituição.’³⁹

A primeira Carta Magna brasileira, outorgada em 1824 por D. Pedro I, acolheu princípios sobre direitos e liberdades individuais, alterando, em parte, o sistema em vigor. Em 16 de dezembro de 1830, o imperador sancionava o Código Criminal do Império do Brasil, primeiro código autônomo da América Latina.

Em 1832, surge o Código do Processo Criminal do Império que era a síntese dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação.

No mesmo sentido, enalteceu-o Galdino Siqueira, escrevendo:

Inspirado nas conquistas liberais, consagrou o salutar princípio que declara pertencer exclusivamente a juizes e jurados as atribuições judiciárias em matéria criminal, ficando assim extinta a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade, exceptuadas as jurisdições especiais e privilegiadas, em restrito número, e de cuja existência não se podia prescindir, ante as prescrições do estatuto político.⁴⁰

Ao lado dos elogios, porém, o Código do Processo Criminal do Império também sofreu críticas em razão do conteúdo bastante liberal. Adotou o procedimento misto para aplicação da lei penal, isto é, o legislador de 1832 ficou no meio termo entre o procedimento acusatório, então vigente na Inglaterra, e o procedimento misto, abraçado pela França, este inquisitivo na fase instrutória e acusatório na fase de julgamento. Saliente-se que tal código

³⁸ Loc. cit. p. 79.

³⁹ Loc. cit. p. 79-80.

⁴⁰ SIQUEIRA, Galdino. Curso de processo penal, *apud* PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 27.

sofreu alterações perpetradas pela Lei 261 de 1841 e foi regulamentado pelo Decreto 120 de 1842.⁴¹

A proclamação da República, em 1889, foi o epílogo de um longo processo histórico e, no regime implantado, manifestou-se a tendência de imitar exacerbadamente o modelo norte-americano, como observa Sahid Maluf:

A Carta de 1891, que teve entre os seus maiores arquitetos a figura ímpar de Rui Barbosa, adotou os princípios diretores do federalismo, do presidencialismo, do liberalismo político e da democracia burguesa, segundo o estilo norte-americano.⁴²

Outrossim, a Constituição de 1891, de modo implícito, outorgou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria processual. A quebra da unidade processual contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistema, o que, indubitavelmente, prejudicou a aplicação da lei penal.

A Constituição de 1934, por sua vez, pôs fim ao sistema pluralista ao fixar competência privativa à União para legislar sobre direito processual penal.

Finalmente, em 3 de outubro de 1941, sob o Estado Novo e a égide da Carta de 1937, nasceu o Decreto-lei 3689, o Código de Processo Penal vigente.

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa na *Exposição de Motivos*.⁴³

Faz-se mister elucidar que, malgrado a perspectiva teórica do Código de Processo Penal ser nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Por isso, hoje, é necessário enxergar o Código de Processo Penal com as lentes da Constituição, pois só assim a visão será límpida e profunda.

O texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da presunção de inocência que respalda quem ainda não tiver reconhecida sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado.⁴⁴

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido como mero veículo de aplicação da lei penal, mas que se transformasse em instrumento do indivíduo em

⁴¹ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 34.

⁴² MALUF, Sahid. **Curso de direito constitucional**. Bauru: Tipografias e Livrarias Brasil, 1956. p. 43.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. ver. Atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 4.

⁴⁴ Art. 5º, LVII da CRFB “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

face do Estado. Em outros termos, deve o processo penal funcionar como verdadeiro instrumento de democracia.

A partir da promulgação da Carta de 1988, levando em consideração que vários dispositivos não foram recepcionados, diversas reformas legislativas foram propostas a fim de que o direito penal e o direito processual penal lograssem acompanhar as perspectivas advindas, principalmente, com a positivação de importantes garantias fundamentais. Entretanto, o que se verifica é uma crise, na qual o sistema não consegue mais atender satisfatoriamente as necessidades de uma sociedade que evolui mais rápido que as regras em si.

Da problemática do momento de ruptura no funcionamento do sistema processo penal dito tradicional, seus reflexos sociais e as modalidades de enfrentamento emergidas de seu próprio seio tratam o próximo capítulo.

3 CRISE E INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA: UM OLHAR PARA O PRESENTE

3.1 Controle Social e *jus puniendi*

Os modernos Estados constitucionais podem ser visualizados como um conjunto de órgãos instituídos para a criação, aplicação e cumprimento das leis. Com a despersonalização do poder do Estado, este passa a fundar sua legitimidade não mais no carisma ou na tradição, mas em uma racionalidade legal, isto é, a crença na legalidade de ordenações regularmente estatuídas e nos direitos de mando chamados por essas ordenações a exercerem a autoridade. Nesse tipo de Estado, a legitimidade deriva de as normas terem sido produzidas de modo formalmente válido, e da pretensão de que sejam respeitadas por todos aqueles situados no âmbito de poder desse Estado.⁴⁵

Entre as principais características desse tipo de Estado está o controle centralizado dos meios de coerção. O Estado moderno apresenta-se, assim, como um complexo institucional artificialmente planejado e deliberadamente erigido, que tem como característica estrutural mais destacada o monopólio da violência legítima.

O controle centralizado dos meios de coerção é fortalecido pela legitimidade que lhe confere a racionalidade jurídica, tornando a coerção mais tecnicamente sofisticada e exercida por um setor especializado do Estado. Esta característica constitui-se em um marco do processo civilizador, com a adoção de formas mais racionais e previsíveis de instauração de processos e de punição pela prática de atos legal e previamente previstos como crimes.⁴⁶

Esclarece Pedro Scuro Neto que socialização é processo de constituição de formas padronizadas de interação social profundamente enraizadas na constituição biológica, psicológica e social dos seres humanos, pelas quais se aprende a tomar conhecimento da ordem social, lidar com ela e suportá-la, quando preciso.⁴⁷

Efetua-se a socialização, em qualquer situação, principalmente, no aprendizado por meio da generalização, imitação e identificação com modelos sociais, desde a infância, inculcando no indivíduo orientações e expectativas gerais, mas, continuando ao longo da vida, exigindo sempre mais aprendizado e ajustamento. Nesse sentido, aprendizado é um processo que depende de conveniência e oportunidade. Por meio desse processo

[...] as normas, as sanções e os modelos sociais de conduta são integrados à nossa personalidade psíquica. Com isso, nosso comportamento não somente corresponde a determinados valores, mas também torna-se aceitável, justificável e reprodutível. No decorrer desse processo, somos, ao mesmo tempo, objeto da coerção exercida pelos outros, agentes da coerção que se exerce sobre os outros, e sujeitos da coerção que se impõe a nós mesmos.⁴⁸

⁴⁵ WEBER, Max. **Economía y Sociedad. – Esbozo de sociología comprensiva**. 2. ed., 10. reimpr. Tradução José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz e José F. Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 170-172.

⁴⁶ SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica: manual dos cursos de direito**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 193.

⁴⁷ Loc. cit.

⁴⁸ Ibidem. p. 134.

O controle social⁴⁹ intervém nesse processo para corrigir as deficiências da socialização, reagindo com sanções positivas ou negativas contra as condutas e as motivações desviantes.

O controle social pode ser classificado em formal ou informal. Consoante Shecaira⁵⁰, o controle formal dá-se através do Estado, é realizado pela polícia, judiciário, exército, ministério público, administração penitenciária e demais agências de controle legal e penal; o controle informal, por sua vez, é aquele realizado pela sociedade civil, que compreende a família, a escola, o serviço, o grupo e o meio social em que o indivíduo está inserido.

Segundo orientações de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

Os níveis de atuação das instâncias de controle são dois: o ativo ou preventivo, mediante o processo de socialização; e o reativo ou estrito, quando atuam para coibir as formas de comportamento não desejado ou desviado. O nível reativo constitui o terreno concreto da sociologia do controle social, e se expressa por meios informais e formais. Os meios informais são de natureza psíquica (desaprovação, perda de status, etc.), física (violência privada), ou econômica (privação de emprego ou de salário). Neste caso, as normas jurídicas atuam como limite para excluir alguns em determinadas circunstâncias.

Já os meios formais de controle social reativo são constituídos por instâncias ou instituições especialmente voltadas para este fim (a lei penal, a polícia, os tribunais, as prisões, os manicômios, etc.), caracterizando o uso da coerção pro instâncias centralizadas para manter a ordem social, legitimado pelo discurso do direito. Teoricamente sua atuação está prévia e estritamente estabelecida pelo direito positivo, nos códigos penais e leis processuais.⁵¹

Consoante o explicitado, na abordagem histórica realizada no capítulo anterior, a partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, surgiu a imprescindibilidade de se estabelecer uma forma de controle, equivale a dizer, um sistema de coordenação e composição dos mais diferentes e antagônicos interesses que se erguem da vida em comunidade, tendo como finalidade a solução dos conflitos desses interesses, bem como da coordenação de todas as ferramentas disponíveis para a efetivação dos ideais coletivos e dos valores perseguidos.

O fenômeno jurídico é, a um só tempo, reflexo da realidade social subjacente e fator condicionante dessa realidade. A vida política é regulada pelas normas de direito e se processa segundo normas e princípios fixados na ordem jurídica e o Estado é a institucionalização maior dessa ordem jurídica. Chama a atenção o professor Felipe Augusto de Miranda Rosa:

Tudo, enfim, o que se observa dentro de uma sociedade é influenciado por certa ordem jurídica, que se infiltra nas formas de sociabilidade, modificando-as por

⁴⁹ Entendido como conjunto de meios de intervenção acionados pela sociedade a fim de induzir seus próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam ou de impedir e desestimular os comportamentos contrários às normas, restabelecendo condições de conformação também em relação a uma mudança do sistema normativo.

⁵⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004. p. 56.

⁵¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social**: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000. p. 92.

vezes, reforçando-lhes os traços principais, dando-lhe maior vigor ou reduzindo-lhe a força condicionante.⁵²

Observa-se, portanto, que o Direito é meio de controle social, tendo-se, na norma jurídica, o instrumento institucionalizado mais importante desse controle. E sendo meio de controle social, o Direito encontra-se vinculado à autorização para empregar a coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal.

Vale gizar que uma das características principais do Estado de Direito, enquanto modelo de regulamentação dominante, é precisamente a ambição da lei ou do sistema legal de reter o monopólio de regulamentação da conduta dos cidadãos e instituições. É como se o ordenamento jurídico fosse o único legítimo sistema de coerção e estímulo à conduta. Nesse sentido, fora do direito estatal não existe direito. O Direito se legitima na medida em que os seus procedimentos e legislações encontram um reconhecimento generalizado que traz consigo aceitação e obrigatoriedade, independente da satisfação da decisão isolada.

Aquele indivíduo que não rege suas condutas de acordo com as regras postas é considerado *desviante*⁵³. No âmbito penal, esse desvio corresponde à prática de determinada conduta perigosa que o Estado proibiu, tendo em vista a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa de bens jurídicos considerados por ele fundamentais, sob ameaça de sanção penal.

O Estado vê no autor do delito um cidadão que danificou a vigência da norma e que, por isso, é chamado de forma coativa a equilibrar o dano através da pena.

Deste modo, o Estado-Administração tem o direito subjetivo público de exigir a tutela jurisdicional no exercício do *jus puniendi*, o acusado tem o direito subjetivo de liberdade a ser assegurado e o Estado-juiz tem a obrigação de proferir a decisão.

Se condenatória a decisão proferida, isto é, caso se constate que o autor praticou um fato típico, antijurídico e culpável, uma sanção lhe será atribuída. Isto porque, para assegurar a consistência das expectativas normativas criadas pelo direito, nas sociedades mais complexas, o mecanismo eleito foi a pena, principalmente pelo seu papel simbólico, e não por sua real incidência sobre os autores de delitos.

3.2 A função da pena

⁵² ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993. p. 69.

⁵³ Utiliza-se com cuidado tal expressão, pois a noção de desviante é carregada de conotações problemáticas. A idéia de desvio, de modo geral, implica a existência de um comportamento médio ou normal, que expressaria uma harmonia com as exigências do funcionamento do sistema social, porém a definição desse comportamento ideal pode variar de acordo com as maiores preocupações de determinada sociedade em certo tempo e espaço.

Enquanto nas décadas de 60 e 70 a explosão de litigiosidade se deu, sobretudo, no domínio da justiça civil, no período mais recente, anos 80 e 90, a justiça penal assume o papel de protagonista, que além de dar conta da “velha” criminalidade individual, passa a ter de responder a uma nova demanda, já que desde a proteção ao meio ambiente até as regras de trânsito são ancoradas no poder de punir do Estado. Isto somado à crescente demanda social pelo fim da impunidade dos crimes de corrupção e ao aumento da criminalidade urbana violenta coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social.⁵⁴

Ao reprimir a prática do delito por meio de normas protetoras de valores sociais, o direito penal funciona como qualquer outro direito, diferenciando-se dos demais por executar seus preceitos por meio da coerção penal.

Assim, todo o direito provê a segurança jurídica, mas só o direito penal a realiza com a coerção penal. O direito penal possui uma função de segurança jurídica com a proteção de valores éticos, pois aspira evitar o cometimento e repetições de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.⁵⁵

A pena é o meio para atingir a segurança jurídica que almeja o direito penal, embora apenas alcance determinados valores. Como pontua Fragoso:

Devem ser protegidos penalmente os bens de maior valor. Convém, no entanto, ter presente o princípio da intervenção mínima, que decorre do caráter subsidiário do direito penal. Só deve o Estado intervir com a sanção jurídico-penal quando não existam outros remédios jurídicos, ou seja, quando não bastarem as sanções jurídicas do direito privado. A pena é *ultima ratio* do sistema.⁵⁶

Para Reale Júnior⁵⁷, a justificativa para a atuação do poder-dever de punir do Estado variará de acordo com a perspectiva adotada para seu estudo. Desse modo, a finalidade da pena será diversa desde que vista sob diferentes ângulos, como o do condenado, o da sociedade e o do Estado. A finalidade atribuída à pena variará também se investigada quanto ao momento de sua cominação e execução, bem como se analisada de acordo com a natureza da sanção imposta. Por fim, a finalidade da pena pode variar, ainda, de acordo com a perspectiva adotada por cada penalista da doutrina.

⁵⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 47, p. 99, 2001.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93-96.

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.346.

⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

Sob o aspecto do condenado, a pena será sempre um castigo, ainda que suspensa a execução da pena ou que o condenado se considere inocente. Por outro lado, sob o aspecto da sociedade, em geral, a pena será vista como punição e intimidação. Em particular para a família do condenado, a pena será vista como castigo embora, para a vítima, a pena será sempre uma vingança. Para o Estado, o mestre supracitado afirma que a pena é uma forma necessária de controle social, para garantir respeito a determinados valores, garantia que se reafirma pela execução da pena, quando este valor é afrontado por uma ação delituosa.

O homem primitivo, assinala Oswaldo Henrique Duek Marques⁵⁸, encontra-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Dele se originava a chamada vingança de sangue, entendida como um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.

Após o surgimento do Estado, com o aparecimento das religiões, surgiram regras de Direito Penal com conotação de divindade. A punição se aplicava em nome desta. Conforme ensinamentos de Henny Goulart: “sendo o ato considerado como atentado à divindade, a sanção tendia para a eliminação ou expulsão do transgressor, sacrifício que se oferecia aos deuses.”⁵⁹

E prossegue o autor, salientando que:

A partir do século XV, a elaboração das idéias liberais, condicionada pela renovação de conceitos a respeito do mundo e do destino do ser humano, acentua-se, concretizada, afinal, no século XVIII, com os postulados da Revolução Francesa. Novas concepções surgem, então, no campo penal e, com elas, as doutrinas acerca do fundamento do direito de punir.⁶⁰

A idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens.⁶¹

⁵⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 2.

⁵⁹ GOULART, Henny. **Penologia I**. 1. ed. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, 1975. p. 25.

⁶⁰ Ibidem. p. 27.

⁶¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 31.

Faz-se mister, neste instante, uma breve digressão no intuito de apresentar as principais ideologias acerca da pena, trazidas pelas Escolas Penais que surgiram em diversos contextos históricos.

Nesta abordagem, impõe destacar, desde logo, em que pese já ter sido feita referência a ele no primeiro capítulo desta dissertação, a figura de Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, filósofo italiano, nascido em Milão, em 1738, seguidor das idéias de Rousseau e Montesquieu, autor do famoso livro *Dos delitos e das penas*, a quem se tem atribuído a criação da idéia utilitarista e o movimento de renovação do Direito Penal da época, que deu origem à Escola Clássica, de que fizeram parte Carmignani, Carrara, Feuerbach, Filangieri, Pessina, entre outros.

É relevante o destaque dado ao filósofo, tendo em vista que após sua contribuição, nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, sob a efervescência das idéias iluministas, desenvolvem-se os estudos da Escola Clássica Criminal, também chamada Idealista, Filosófico-jurídica, Crítico-forense etc., que é livre-arbitrista, individualista e liberal, considerando o crime fenômeno jurídico e a pena, meio retributivo.

Para a Escola Clássica, a pena é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu.⁶² A finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade. É o bem social, representado pela ordem que se obtém mercê da tutela da lei jurídica.

Já a Escola Positiva, segundo Roberto Lyra, também chamada Italiana, Nova, Moderna ou Antropológica, tendo entre seus principais nomes Lombroso, Ferri, Garofalo, Fioretti, é determinista e defensivista, encarando o crime como fenômeno social e a pena como meio de defesa da sociedade e como meio de recuperação do indivíduo. Chama-se positiva, não porque aceite o sistema filosófico mais ou menos de Augusto Comte, mas, pelo método perfilhado. Inicialmente, sofreu a influência de Darwin, Spencer e Haeckel, com as novas concepções da natureza, do homem e da sociedade, mormente a doutrina da evolução.⁶³ Enquanto os clássicos aceitam a responsabilidade moral, para os positivistas, a responsabilidade é legal ou social, pois todo homem é responsável, porque vive e enquanto vive em sociedade.

Em meio aos extremos bem definidos das Escolas Clássica e Positiva, surgiram ao longo dos tempos posições conciliatórias.

⁶² ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 263.

⁶³ LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 28.

A primeira dessas correntes surge com a publicação, na Itália, de um artigo de Manuel Carnevale, denominado "Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia", em 1891, que assinala o início do que se convencionou denominar Positivismo Crítico. Embora acolhendo o princípio da responsabilidade moral, não aceita que a responsabilidade moral fundamente-se no livre arbítrio, substituindo-o pelo determinismo psicológico. Desta sorte, a sociedade não teria o direito de punir, mas tão-só o direito de defender-se nos limites do justo.

Outrossim, são dignas de menção, a título de ilustração: a Escola Técnico-Jurídica, chamada por Ugo Spirito de Conceção Técnico-Jurídica (Rocco, Manzini, Massari, Battaglini, Paoli, Saltelli, Di Falco, Finzi); a Escola do Idealismo Atualístico (Groce, Gentile, Costa, Spirito, Maggiore); e a Escola Penal Humanista (Lanza, Falchi, Montalbano, Pappalardo). No que se refere às posições unitárias, resta mencionar que o movimento unitário mais significativo foi o da União Internacional do Direito Penal, encabeçada por Franz von Liszt.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, surge a Escola da Nova Defesa Social, liderada por Marc Ancel, na França, e por Filippo Grammatica, na Itália, que consoante seus postulados não visa a punir a culpa do agente criminoso, apenas proteger a sociedade das ações delituosas. Essa concepção rechaça a idéia de um direito penal repressivo, que deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, postulando não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa.⁶⁴

Verifica-se, a partir de então, que se passou a perfilhar outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado.

No entanto, a inquietação persiste na atualidade. Isto porque a pergunta sobre o sentido da penal estatal surge como nova em todas as épocas. Como observa Claus Roxin:

[...] não se trata em primeira linha de um problema teórico, nem sequer de reflexões como as que se costumam fazer noutros domínios, sobre o sentido desta ou daquela manifestação da vida, mas de um tema de enorme actualidade prática: com base em que pressupostos se justifica que um grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?⁶⁵

Este questionamento gira em torno da legitimação e dos limites do poder estatal. E, em geral, três respostas são dadas. Essas respostas constituem as teorias da pena, que serão abordadas mais adiante.

⁶⁴ CALÓN, Cuello. La moderna penología. Barcelona: Bosch, 1958. t. 1/26, *apud* JESUS, Damásio Evangelista de. **O novo sistema penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 34.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução Ana Paula dos Santos, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade: 1993. p. 15.

As penas criminais, como instrumento principal de política criminal da lei penal brasileira, são agrupadas em três categorias, quais sejam, penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa, de acordo com o artigo 32 do Código Penal.

Na atualidade, o estudo das funções atribuídas às penas criminais mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal desenvolvidos pelo Estado para controle da criminalidade. Isto porque, em geral, o discurso penal e a realidade da pena caminham em direções opostas.⁶⁶

3.2.1 Principais teorias sobre os fins da pena

Desde a origem até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela ainda as finalidades de prevenção e ressocialização do delinqüente.

As conhecidas teorias absolutas ou da retribuição, cujos defensores mais importantes foram, entre outros, Carrara, Petrocelli, Maggiore e Bettiol na Itália, Binding, Maurach, Welzel e Mezger na Alemanha, mas, principalmente, Kant e Hegel, aduzem que a pena é retaliação, uma exigência absoluta de justiça, com fins aflitivos e retributivos, opondo-se a qualquer finalidade utilitária.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt,

segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.⁶⁷

As filosofias da retribuição repousam sobre o que seria uma equivalência presumida e simbólica entre o mal sofrido e infligido. Assenta-se na compensação da culpabilidade ou na expiação da culpabilidade do autor, mediante a imposição de um mal penal.

Críticas são feitas a essa teoria, pois, em que pese o pensamento da compensação retributiva possuir uma força triunfalmente sublime, ao pretender trazer um reflexo de harmonia superior à frágil existência terrena, ela não logra justificar cabalmente a pena estatal.

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. In: **Discursos sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, n. 12, p. 53, 2002.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

Roxin⁶⁸ chama a atenção para três problemas centrais. O primeiro é que a teoria da retribuição, ao invés de fundamentar, já pressupõe a necessidade da pena, ficando por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa humana autoriza o Estado a castigar. Fracassa, em primeiro lugar, perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado. O segundo problema se localiza na liberdade humana que pressupor a liberdade de vontade, e a sua existência, como os próprios partidários da idéia da retribuição concordam, é indemonstrável. Por fim, o terceiro argumento é no sentido de que, mesmo quando se considere que o alcance das penas estatais e a culpa humana se encontram suficientemente fundamentadas com a teoria da expiação, colocar-se-ia sempre uma terceira objeção, qual seja, a própria idéia de retribuição compensadora seria plausível apenas mediante um ato de fé, uma vez que, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal: sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança e que a retribuição expie o delinqüente só é concebível por um ato de fé.

De outro lado, Kant qualifica a pena como imperativo categórico, sendo sua aplicação uma exigência ética irrenunciável. Não estabelece, assim, nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade, retirando toda e qualquer função preventiva - especial ou geral - da pena. A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.⁶⁹

Em contrapartida, o fundamento da pena em Hegel é jurídico, já que ela se destina a restabelecer a vigência da vontade geral, que é a lei, negada que fora pela vontade do delinqüente. Ele sustentou que a prática delitativa é a negação do Direito e a pena, como resposta a esse mal, é a negação da negação do Direito, cujo fim é restabelecer o Direito.⁷⁰

Em suma, a diferença entre Kant e Hegel se observa na fundamentação da pena. Enquanto Kant legitima a pena na necessidade ética, Hegel encontra seu fundamento na necessidade jurídica. Em outros termos, com Kant, a prática do delito perturba a ordem moral, para Hegel, a ordem jurídica é a afetada.

Diante do exposto, e apesar das críticas atuais vertidas ao retribucionismo clássico, as teorias absolutas da pena se esforçam por oferecer uma compensação de pena em iguais

⁶⁸ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 16-19.

⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 103.

⁷⁰ Loc. cit.

proporções ao mal causado com o crime.⁷¹ Malgrado tal postura, muitas são as razões com vistas a justificar a superação da retribuição como fundamento básico da intervenção jurídico-penal, dentre elas, Zaffaroni comenta, considerando especificamente a América Latina:

O retribucionismo latino-americano, é dizer, a concepção latino-americana da pena como uma retribuição, conforme o princípio da culpabilidade, é produto de uma reação contra o positivismo, elaborada por quem se preveniu claramente do perigo que este implicou e implica para o pensamento democrático. Sem embargo... a retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto a seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está marginalizada do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte da renda se concentra em uma minoria). Isto faz com que, em definitivo, o retribucionismo, que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, se converta em uma ideologia que freqüentemente – por não dizer quase sempre – sirva aos setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial.⁷²

Novos fundamentos da pena se destacaram posteriormente, orientados a uma finalidade social útil. Neste novo contexto, a pena é também entendida como um mal, porém mal necessário à manutenção da ordem social e prevenção da criminalidade. Trata-se das teorias relativas.

Pretende-se conseguir os fins de prevenção desde dois ângulos: a prevenção geral, cuja advertência ou ameaça da pena tem por objetivo provocar na psique coletiva uma sensação de desagrado, impedindo a prática do delito; e a prevenção especial, cujo atuar se dirige diretamente sobre o indivíduo, buscando sua ressocialização, evitando, com isso, o cometimento de novos delitos no futuro.

Primitivamente, a prevenção geral tinha apenas forma negativa, pela qual a intimidação da pena desestimularia a generalidade das pessoas de praticarem crimes, segundo a célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach:

todas as infrações têm fundamento psicológico de sua origem na sensualidade, até o ponto em que a faculdade de desejo do homem é incitada pelo prazer da ação de cometer o fato. Este impulso sensitivo pode suprimir-se ao saber cada qual que com toda segurança seu fato irá seguido de um mal inevitável, que será maior que o desagrado que surge do impulso não satisfeito pela comissão.⁷³

ROXIN, no entanto, mais uma vez, aponta críticas à teoria da pena, levantando argumentos contrários à teoria da prevenção geral:

Em primeiro lugar, permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. A doutrina de prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição e da correção esta debilidade, ou seja, permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível. A ela se acrescenta uma ulterior objecção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999. p. 93.

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal – parte general, *apud* BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 213-214.

⁷³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Tradução Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, *apud* BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Op. cit. p. 216.

ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível. [...] O próximo argumento assenta no facto de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. [...] Isto conduz-nos à terceira e mais importante objecção contra a prevenção geral. Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal.⁷⁴

Já a função positiva de estabilização social normativa da prevenção geral ascende em conjunto com o direito penal simbólico, em que o Estado não parece interessado em soluções sociais, mas em soluções penais. Assim, o direito penal simbólico não existiria para ser efetivo, tendo função meramente política, através da criação de imagens ou símbolos que atuariam na psicologia do povo, gerando determinados efeitos úteis e convenientes.

E, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, o crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir uma dupla legitimação. De um lado, a legitimação do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil e, de outro lado, a legitimação do direito penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado.⁷⁵

Sob o prisma da teoria da prevenção especial, postulado da moderna política criminal, cuida-se da prevenção do delito por atuação sobre o autor. Dirige-se diretamente ao indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente, para que este não volte a delinquir. Os fundamentos desta teoria podem ser encontrados na chamada Escola Correcionalista Ibérica, que sustentava a idéia de que todo homem é, por natureza, suscetível de ser corrigido e, por isso, a pena deve, antes de tudo, propor realizar a correção do delinquentes como única e melhor forma de evitar que, no futuro, ele continue a cometer crimes. De modo semelhante, a Escola Positiva Italiana pretende explicar a razão da existência do homem delinquentes, contrapondo o livre arbítrio ao determinismo, apoiado em fatores físicos, individuais e sociais das ações humanas.⁷⁶

Com isso, o foco passa a ser o delinquentes, e não o delito. A pena, portanto, de conotações retributivas deve ceder espaço para as medidas de segurança que se relacionam com a periculosidade do sujeito, e não com a gravidade do delito.

O Estado espera que a função de prevenção especial atribuída à pena realize o objetivo de evitar crimes futuros, através da *ação positiva* de coerção por meio da execução da pena,

⁷⁴ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 23-24.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 56.

⁷⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Op. cit. p. 221.

que aprenderia a conduzir uma vida futura em responsabilidade social e sem fatos puníveis e, mediante a *ação negativa* de proteção da comunidade pela neutralização do autor através da prisão, que não poderia praticar novos fatos puníveis contra a coletividade social.⁷⁷

A concepção de um direito penal preventivo de segurança e correção seduz por uma característica tendência construtiva e social. No entanto, Roxin salienta que, não obstante em ser clara em seus fins, tal teoria não fornece uma justificção das medidas estatais necessárias para a sua persecução. Para ele, a teoria da prevenção especial

não é idônea para fundamentar o Direito Penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.⁷⁸

Ante o fracasso das teorias retributivas e das teorias preventivas, concebidas unilateralmente, surgem as teorias mistas ou ecléticas, cujo mérito consistiu em conciliar exigências das teorias anteriores. A doutrina unificadora⁷⁹ defende que a retribuição e a prevenção, geral e especial, são distintos aspectos de um mesmo fenômeno que é a pena.

Desta maneira, a aplicação da pena importa reafirmação do ordenamento jurídico e, nesse sentido, é retribuição. Ao passo que a proporcionalidade da pena à gravidade do delito praticado, demais de ser exigência de justiça, contribui para os fins de prevenção geral e especial.

Regis Prado ressalta que a preponderância das exigências de prevenção geral implicaria aumento das margens penais dos delitos mais graves ou mais freqüentemente cometidos, o que, por via de conseqüência, conduziria a penas desproporcionais e injustas. Mas também justificar a pena exclusivamente pela prevenção especial comprometeria a missão do direito penal de proteger os bens jurídicos considerados fundamentais. Destarte, conclui o autor que

impõe reconhecer que a adoção de uma teoria unitária da pena coaduna-se com as exigências do Estado de Direito democrático e social, na medida em que fornece sólido supedâneo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas, barreira infranqueável ao exercício do *jus puniendi*.⁸⁰

O mais importante, todavia, é perceber que a pena só pode ser compreendida se tiver também o sentido de buscar a ressocialização do indivíduo. Nada pode justificar querer impor

⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit. p. 54.

⁷⁸ ROXIN, Claus. Op. cit. p. 22.

⁷⁹ Nesse sentido, parece ser o art. 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime: [...]” (sem grifos no original)

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 1:** parte geral: arts. 1º a 120, 3. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 445.

a alguém alguma coisa, se não existir um interesse ético superior de oferecer àquele que agrediu um bem da sociedade oportunidade de aprender a respeitar os valores ético-sociais.

A pena só faz sentido se tiver como finalidade precípua – e efetivamente concretizá-la – educar o homem que delinqüiu para mostrar-lhe a importância e as vantagens do respeito ao outro, de modo que, incorporando novos conceitos, possa voltar a viver em liberdade.

3.2.2 A crise das penas de prisão e a emergência das penas alternativas

Como foi visto até aqui, para tornar possível a convivência em sociedade, o homem estabelece determinados padrões de conduta, valorando formas de agir, através da criação de regras que visam à efetivação do controle social.

Visualizou-se, outrossim, que o Direito Penal, como meio de coerção institucionalizado apresenta um caráter subsidiário, ou seja, somente deverá intervir quando violados valores imprescindíveis à convivência pacífica da sociedade, conforme o princípio da intervenção mínima, o qual dita ao Estado intervir apenas quando não existam outros meios jurídicos de reprimir a conduta. Trata-se de uma necessidade que se impõe, principalmente, diante da constatação da violência que caracteriza a via punitiva.

Logo, somente são submetidas à pena algumas condutas antijurídicas. Este processo seletivo de condutas antijurídicas merecedoras de coerção penal é matéria de permanente revisão, sendo manifesta a tendência na política criminal dos países centrais, que propugnam abertamente a "descriminalização" ou "despenalização" de inúmeras condutas.

Na contramão dessa tendência, a reação habitual da sociedade contra a delinqüência tem sido, cada vez mais, a de propor penas aos infratores com fins teórico-jurídicos de retribuição, pois, no consciente coletivo, está enraizada a tese de que esse é o único meio para a diminuição da delinqüência e aumento da tranqüilidade social.

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinqüentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um esteriótipo no imaginário coletivo. Por trata-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos.

As notícias abordadas de forma sensacionalista sobre violência criminal começam não só a informar como a emocionar, estimulando a curiosidade, a intolerância e, por fim, o medo. Tais notícias têm como resultado uma grande mistura entre preconceitos sociais e, principalmente, o fomento e a legitimação de um quadro de exclusão social.

Ademais, é indiscutível que a comunicação de massas e grande parte dos operadores das agências do sistema penal projetam o exercício do poder punitivo como uma guerra à criminalidade e aos criminosos, estimulada por uma cultura bélica e violenta. Sedimentou-se, assim, na coletividade, o pensamento simplista de que a todo crime deve corresponder uma pena, sem maiores preocupações com o estudo das causas da violência. E assim informada, a opinião pública manifesta-se pelo "endurecimento" das leis, pelo cumprimento da pena sem condenação. É visível que diante da vulnerabilidade da população, o sentimento de vingança tende a se sobrepor perante qualquer elemento racional na análise do sistema penal.

No entanto, é de fácil observação que se está diante da falência da pena privativa de liberdade que não atende aos anseios da ressocialização. O problema mais óbvio da ressocialização é a sua natureza abstrata. Somente no plano das idéias é que se admite que o indivíduo seja "ressocializado" dentro dos muros das prisões. Impossível, nesse aspecto, não transcrever a opinião de Bitencourt que afirma:

Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como um conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o interno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal.[...] Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não-liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo.⁸¹

As deficiências, já conhecidas pela população, das penitenciárias brasileiras realçam a incapacidade do Poder Executivo em desempenhar mais uma de suas atribuições, o controle da execução penal. Porém, além de se tratar de um problema penitenciário, o grave quadro das prisões no Brasil relaciona-se com a crise da pena de prisão, largamente anunciada pelos especialistas na área. Existe um entendimento pacífico, na doutrina do direito penal, quanto ao fracasso da pena privativa de liberdade, havendo alguma divergência apenas com relação à solução a ser adotada, se sua reforma, ou sua completa abolição.⁸²

A ideologia abolicionista, representada por Louk Hulsman e Nils Christie, surgiu impulsionada pela constatação das fraquezas da prisão e demonstrou seus exageros ao propor a própria extinção da pena privativa de liberdade. Por outro lado, mas igualmente surgida na

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 139.

⁸² CATÃO, Érika Soares. A pena privativa de liberdade sob o enfoque de suas finalidades e a visão do sistema punitivo pela comunidade discente da UEPB. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1026, 23 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8284>>. Acesso em: 27 maio 2008.

tônica de reação ao fracasso da pena de prisão, tem-se o movimento de lei e ordem, que vai de encontro aos princípios garantistas⁸³ do direito penal, além da proteção dos direitos individuais. Este movimento atribui à pena a função de castigar o infrator, pregando a adoção de penas severas para os crimes de alta repercussão social, um regime de extrema severidade nos estabelecimentos penais, inclusive, com a supressão de garantias como a presunção de inocência e a curta duração da prisão temporária.⁸⁴

Ao expor a crise de legitimidade do sistema penal, Zaffaroni⁸⁵, aduz que a pena possui um conteúdo inequívoco de irracionalidade, por não ser capaz de promover a solução de conflitos, uma vez que a pena é aplicada depois de ocorrido o conflito. Porém, por mais irracional que seja a aplicação da pena, esta irracionalidade deve ser sempre mitigada, por meio de princípios como o da lesividade e o da intervenção mínima.

Desta feita, a tendência é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. A seleção dos eventos delituosos que devem merecer a pena privativa de liberdade é um dos primeiros passos para a revisão do sistema e a busca de alternativas.

Urge, portanto, questionar a centralidade do cárcere como pena primária do sistema. Se o seu surgimento está ligado a uma grande conquista, perseguida pelo iluminismo humanitário, como alternativa à pena de morte, às penas corporais, deve-se pensar em empreender um novo salto civilizatório, com vistas a destituir a reclusão carcerária de seu papel de pena principal, para se permitir que novas alternativas sejam introduzidas no contexto atual.

Tal questionamento a respeito da privação de liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma “procura mundial” de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e segurança da sociedade.⁸⁶

Na seara da penas não institucionais, entendidas como aquelas penas cujo cumprimento pode ser efetuado em liberdade, sem que o condenado possua qualquer laço com alguma entidade penitenciária, encontram-se as penas alternativas. Também são conhecidas como substitutivos penais, já que se caracterizam pela possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade. Essas penas foram meios que o legislador

⁸³ O foco exclusivo do garantismo penal é a proteção dos direitos individuais contra as invasões punitivas do Estado, contra as exacerbações do controle estatal, contra os avanços do direito penal sobre a liberdade individual.

⁸⁴ CATÃO, Loc. cit.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 203.

⁸⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004. p.267-268.

utilizou para que se pudesse tomar algumas atitudes mais amenas, sendo estas proporcionais ao crime que foi cometido. Essas penas alternativas são introduzidas no sistema penal brasileiro de variadas formas, pois existem as penas de multa⁸⁷ e também as penas restritivas de direitos⁸⁸ que se dividem em várias espécies, sendo estas a prestação pecúnia, a perda de valores e bens, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direito e a limitação de fim de semana.

Damásio de Jesus elencou da seguinte forma as vantagens das penas alternativas: diminuem o custo do sistema repressivo; permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato às condições pessoais do condenado; evitam o encarceramento de condenado nas infrações de potencial lesivo pequeno; afastam o condenado do convívio com outros delinquentes de alta periculosidade, reduzem a reincidência e o indivíduo não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder o emprego. Listou ainda as desvantagens comumente apontadas: não reduzem o número de encarcerados; não apresentam caráter intimidativo, parecendo mais meios de controle pessoal ou medidas disciplinadoras do condenado; em face do rol de penas alternativas nos códigos, o legislador é induzido a criar novas normas incriminadoras, aumentando o número de pessoas sob controle penal e ampliando a rede punitiva.⁸⁹

Por todo o exposto, observa-se que, em tempos de debate em torno de temas como a criminalidade e a violência, a aplicação da sanção criminal tem sido cada vez mais exigida pela sociedade, sob a influência midiática, como solução ou redução da proliferação das práticas delitivas. No meio deste debate, entretanto, há pouco espaço para a análise dos efeitos maléficos causados pela prisão nas pessoas a ela submetidas. Todo esse ambiente propicia a criação de objetivos pouco racionais para o direito penal, como a vingança ou o castigo a todo custo.

A crise do sistema penal repressivo é notória e generalizada. Não é mais possível que o Estado se atenha a um mecanismo falho, reprovado pelo tempo e rejeitado pela falta de

⁸⁷ Com o advento da lei nº 9.268/96, que alterou o art. 51 do CP, estipulando que "a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública", surgiram, na jurisprudência, divergência se a pena de multa continua a ser do Ministério Público ou passou a ser dos procuradores da Fazenda Pública. Hoje, a jurisprudência majoritária tem entendido que, não paga, deverá ser executada pelas normas da legislação relativa à execução fiscal (Lei nº 6.830/80). Todavia, a pena de multa não perdeu seu caráter penal, mantendo íntegros todos os efeitos decorrentes da condenação. Em face do caráter penal da multa, a atribuição para promover a sua execução continua sendo do Ministério Público, perante a Vara das Execuções Criminais, aplicando-se a Lei nº 6.830/80. (DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **O habeas corpus na pena de multa**. Saraiva, 2000. p. 142.)

⁸⁸ A Lei nº 7.209 deu ênfase ao sistema de penas alternativas, abrindo ao julgador um leque de possibilidades na aplicação de sanções. Essa orientação ditou, aliás, modificações nos arts. 43, 44, 45, 46, e 47 do Código Penal efetuada pela Lei nº 9714/98, que criou novas espécies de penas restritivas e ampliou as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade.

⁸⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas Alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 30-31.

eficiência da pena privativa de liberdade como praticamente único instrumento, de conteúdo sancionatório, voltado para a consequência, olvidando-se da causa.⁹⁰ E, sem dúvida, a crise do processo penal passa pela crise da justificação do direito penal, que tem na pena o tratamento jurídico do delito.

3.3 A crise do processo penal tradicional

A concentração de poder no Estado, a complexificação da sociedade e a regulamentação legal de setores cada vez mais amplos da vida social culmina, nas sociedades urbano-industriais do final do século XX, com a crise de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado, paralela e simultaneamente à crise fiscal do Estado-Providência. Começam a aparecer as fissuras neste aparato que ainda sustenta sua legitimidade em uma legalidade abstrata, constituída de acordo com normas gerais e apropriadamente promulgadas. Isso ocorre porque algumas premissas da racionalidade legal começam a ser minadas ou desgastadas (a divisão de poderes, a supremacia e generalidade da lei etc.) ante a concentração de expectativas no âmbito do poder executivo e dos recursos limitados de que dispõe para garantir a estabilidade social e a acumulação de capital.

De acordo com o Dicionário de Política de Bobbio, Matteucci e Pasquino:

Chama-se Crise a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame. As Crises são habitualmente caracterizadas por três elementos. Antes de tudo, pelo caráter de subitaneidade e por vezes de imprevisibilidade. Em segundo lugar, pela sua duração normalmente limitada. E, finalmente, pela sua incidência no funcionamento do sistema.⁹¹

Com efeito, quando se considera o direito como um sistema, ou um conjunto de sistemas, de regras e de instituições sociais encarregadas de aplicá-las, pode ocorrer de tempos em tempos que este sistema não consiga mais satisfazer as necessidades de uma sociedade que evolui mais rápido que as regras em si. Ou então, pode acontecer que, para não

⁹⁰ BRUTTI, Roger Spode. A gênese da Criminalidade. In: **Revista de Direito Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson, n. 38, p. 101, jun-jul/2006.

⁹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Org). **Dicionário de Política**. vol.1, 4. ed. Brasília: Editora UnB, 1992.

ser ultrapassada tão rapidamente por esta evolução, produza-se continuamente novas regras, que acabam resultando em uma sobrecarga, em uma inflação normativa.

A imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via atualmente da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina). O modelo de organização social comunitária perde terreno perante o de organização corporativa. As pessoas se acham mais indefesas diante do Estado por conta da redução dos vínculos sociais, tornando-se presa fácil da única relação forte, que é a vertical e autoritária.

Correspondendo, como paradigma teórico, aos modernos Estados liberais, a doutrina do direito como conjunto orgânico e universalmente válido de normas institucionalmente reconhecidas é progressivamente minada, na época contemporânea, por tentativas de adequar a regulamentação legal e a sua implementação pelas instâncias judiciais a um contexto de onde emergem discursos normativos rivais e se exige do Estado a execução de funções crescentemente político-administrativas.

Como pôde ser observado em ocasião anterior, na qual a gênese do processo penal foi esmiuçada, a estrutura do processo penal moderno pretensamente laicizada, não obstante ser sacralizada, apresenta sintomas de crise, uma vez que nem os interesses dos indivíduos são resguardados pelos tribunais nem o interesse social de repressão da delinquência pode ser atendido pela existência e aplicação do direito e do processo penal, aumenta-se a malha repressora do direito penal e expande-se a instrumentalidade repressiva no processo penal.

Para Daniel Achutti,

Enquanto no direito penal percebe-se uma desenfreada busca da segurança através da edição de inúmeras leis penais, do aumento das penas em abstrato já existentes e da criação de novos tipos penais inseridos em leis atualmente em vigor, no processo penal é possível dizer que três opções são colocadas à disposição dos atores jurídicos: (a) utiliza-se aquilo que Choukr chamou de Processo Penal de Emergência; (b) inicia-se o respeito à Constituição da República e a todos os seus princípios processuais penais (que nunca foram observados da forma como devem, registre-se); ou (c) passa-se a pensar em novas formas de administração da justiça criminal.⁹²

A situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica esta comum aos países em processo de (re)democratização, onde os valores que lhes são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados

⁹² ACHUTTI, Daniel. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea**: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal. 2006. 126 f. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. p. 54.

na prática dos operadores do direito e na prática social, que desta maneira, conferem uma vivência formal aos cânones culturais da normalidade.

Mais recentemente, talvez desde a última (re)democratização do país, é possível notar que práticas ultrapassadas estão sendo (re)afirmadas, o que se pode depreender facilmente da análise da proliferação de leis processuais penais que ampliam o poder do magistrado e do investigador. Efetiva-se, desse modo, aquilo que Fauzi Hassan Choukr chamaria de *processo penal de emergência*⁹³, qual seja, uma instrumentalização repressiva desmensurada do processo sem a menor preocupação com efetividade desse incremento processual e, menos ainda, com a observação dos direitos e garantias fundamentais daquele que está sendo acusado. A estratégia do processo penal de emergência, entretanto, não passa de mero paliativo frente à criminalidade.

Com efeito, uma vez rasgada a Constituição, o que se tem para o combate à criminalidade é a continuidade do discurso de pânico, mesmo com todo o arsenal anticonstitucional colocado à disposição para seu enfrentamento. Assim, mais medidas são exigidas ante a fragilidade do sistema e a retórica da intransigência aparece sob o manto de que “algo precisa ser feito”. Emergência vai significar, nesse caso, aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais, pautado este tratamento pelo seu emprego político e momentâneo.

Ora, o processo penal não serve para combater o crime e o criminoso, mas apenas para que ninguém seja penalizado sumariamente. O processo penal deve ser o caminho necessário para a aplicação da pena. Pelas palavras de AURY LOPES JR., o processo “é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena.”⁹⁴ E segue o autor, dizendo “a pena não pode prescindir do processo penal”⁹⁵, definindo este como “instrumento a serviço da máxima eficiência de um sistema de garantias mínimas.”⁹⁶

O discurso disseminado tenta conferir uma identidade ao mundo jurídico, estimulando a crença no sistema decisório e difundindo a ideologia de que os valores passam a ser formas moldáveis a cada caso concreto. Selecionando uma dentre as várias visões de mundo, o sistema jurídico estatal apenas reforça o conflito, pois enaltece um tipo de procedimento em detrimento de toda uma pluralidade social.

⁹³ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1.

⁹⁵ Idem. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

⁹⁶ Ibidem. p. 2.

A questão se agrava com o processo de globalização e da incorporação do risco à sociabilidade humana. As novas circunstâncias trazem consigo a necessidade de agregação de outros discursos, estimulando a idéia de um direito penal do risco, baseado em um Estado preventivista que solapa o Estado de Direito, confundindo prevenção policial com repressão penal extremada e gerando uma crescente administrativização do direito penal.⁹⁷

Sob essa perspectiva, especialmente em decorrência do pânico geral e do caos social, a promulgação de leis penais e processuais penais assume um caráter preponderantemente simbólico. Nesse sentido, Zaffaroni salienta que

para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico, com o qual se desemboca em um direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia.⁹⁸

É danoso, sob diversas formas, o emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder, porquanto, a cada uso simbólico do sistema repressivo, há uma sensível invasão na seara dos direitos fundamentais, embora eles continuem existindo nos ordenamentos formalmente.

Abordando esse tema, Alberto Silva Franco aduz que

a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função nitidamente simbólica. A intervenção penal não objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança.⁹⁹

Ainda sob esse espectro, faz-se mister anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal, muito embora destacando-se sua autonomia científica, acaba por assimilar essa mesma função simbólica.

Notoriamente o direito penal e sua dogmática fizeram uma opção pelo uso de bases *teórico-sociais organicistas*¹⁰⁰, a fim de legitimar o seu saber-poder, bem como as suas práticas punitivas. Refutaram-se, assim, perspectivas que trouxeram à tona o conflito ou a pluralidade de valores existentes na vida social. Haja vista sua evidente incompatibilidade com a justificação harmônica da ordem jurídica: uma leitura da complexidade social não

⁹⁷ BRAGA, Vinícius Gil. Sociedade, Pluralidade e Direito Penal: breves considerações acerca do distanciamento dogmático e uso simbólico do direito penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (Org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Rio Grande do Sul: Notadez, 2006. p. 131.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: tomo I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 631.

⁹⁹ FRANCO, Alberto Silva. **Prefácio ao Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral** de Pierangeli & Zaffaroni. São Paulo: RT, 1996. p. 10.

¹⁰⁰ Expressão relacionada a Durkheim, para o qual a sociedade moderna é associada à idéia de um organismo, haja vista considerar-se sua solidariedade como eivada de uma grande diferenciação dos papéis sociais.

alcança efeitos distintos que a deslegitimação discursiva destas práticas. Tal ameaça redundará em profundo abalo à ordem e à previsibilidade de um saber direcionado à práxis decisória de juízes voltados a meras subsunções legais e, sobretudo, com apreço pelo exercício da censura.

Transita-se, assim, por uma questão de postura, isto é, quer-se levar ou não a sério os limites ao exercício sempre desmensurado de poder a cargo do Estado-persecutor? Trata-se de um imperativo ético e, em sendo assim, o processo penal torna-se garantia de contenção à *potestas puniendi*, que tem sua força e fundamento na Constituição, constituindo-se em protagonista importante no panorama atual para obstar os desvarios irracionais de um Estado neoliberal descomprometido com os fatores socioeconômicos que envolvem a criminalidade.

Vive-se em um mundo socialmente desigual, veloz, do risco, do consumo, no qual a insegurança e o medo, reais ou imaginários, multiplicam-se. Neste cenário, qualquer ser humano é tocado e sensibilizado pelas circunstâncias sociais, por isso espera-se do magistrado uma postura engajada, aliada a uma postura transdisciplinar do direito, a fim de compreender, sentir e mitigar as conseqüências das mazelas sociais, impedindo os avanços estatais punitivos.

Importa acrescentar que a sedimentação de uma sistematização de princípios processuais, afirmando-se o papel próprio do processo, tem o efeito inicial de minimizar as agressões estatais àquele que ocupa a posição de débil. Ademais, vale advertir que não basta estabelecer garantias meramente formais de acesso à justiça por meio do processo, sendo necessário que os princípios garantistas, consagrados na Carta Magna, sejam verdadeiros parâmetros de racionalidade mínimo, com vistas a permitir que o indivíduo tenha confiança de que o juízo exercerá a atividade de limitação do poder punitivo estatal com proteção contra as arbitrariedades e os abusos.

Uma das heranças mais nefastas que o sistema inquisitório deixou foi a desenfreada busca pela verdade real que se quer justificar, hoje, pela busca do criminoso como medida de diminuição da criminalidade. Sob o argumento de estar em busca da verdade real, o magistrado imagina o fato e tenta reconstruí-lo sem limites, quando então determina provas de ofício (artigo 156, parte final do Código de Processo Penal), ouve testemunhas referidas (artigo 209), interroga novamente o réu (artigo 196), dá valor absoluto à fala de informantes (artigo 208) e ainda discute a sobrevivência de norma que, mesmo após a vigência da Lei 10.792 de 2003 e a Constituição, permite a valoração negativa do silêncio do interrogando (artigo 198).¹⁰¹

¹⁰¹ BIZZOTTO, Alexandre e outros. Sistema Acusatório: (apenas) uma necessidade do processo penal constitucional. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (Org.). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Rio Grande do Sul: Notadez, 2006. p. 22.

Pontua-se que permitir a atuação judicial de ofício caracteriza o primado da hipótese sobre o fato, o que nitidamente faz valer a vontade do perseguidor. Como se responsável pela segurança pública fosse e atendendo aos anseios midiáticos, o magistrado atropela a Constituição Federal, auxiliando o acusador Ministério Público em sua tarefa, utilizando-se para a condenação da prova que ele mesmo determinou, porque já estava a perseguir aquele resultado antevisto. De outro lado, diz-se sistema acusatório, porque há a observância de normas fundamentais dispostas e orientadas a partir do princípio acusatório. Nessa discussão, é significativo perceber que a imparcialidade judicial formal, em relação ao objeto de construção da verdade, é a finalidade maior que se almeja, até porque a única presunção existente no processo penal é a da inocência.

Após uma rápida abordagem acerca dos sistemas processuais, é importante analisar qual foi aquele adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro. Parcela significativa da doutrina pátria advoga que o estatuto tem como base o sistema acusatório, apontando a formal separação de funções como substrato para sua defesa. No entanto, para outros:

Insta dizer que o Código de Processo Penal pretende ser formalmente acusatório e é materialmente inquisitório. A origem autoritária do Código confronta a afirmação do modelo de acusação. A previsão da gestão da prova para o magistrado no artigo 156 do Código afasta terminantemente dali o sistema acusatório. Igualmente, as inúmeras situações legais em que o Estatuto Processual permite a atuação de ofício no sentido persecutório desmoronam qualquer tentativa de se propugnar o império da legislação ordinária do sistema acusatório.

Já a Constituição Federal de 1988 – amparando um Estado Democrático de Direito -, por indicar expressamente a função do Ministério Público dentro da ação penal pública (art. 129, I da CF), indicia a expressão de um sistema processual penal que respeite a separação nítida entre as funções de acusar e julgar. Soma-se a isto a previsão constitucional das garantias orgânicas da independência e da imparcialidade, o que implica ruptura substancial com os interesses do Estado-Administração. Essa mesma Constituição consagra a tão buscada segurança pública como função do Executivo e não do Poder Judiciário. Ademais, lembre-se que há um catálogo de direitos e garantias do cidadão/acusado/investigado a serem observados e velados pelo Judiciário, inclusive contra os interesses do Executivo. A conclusão óbvia a que se chega é que a Constituição Federal está em posição diametralmente oposta ao Código de Processo Penal; logo, abraça um evidente sistema acusatório.¹⁰²

A justificativa predominante do processo penal no Brasil, apresentada por alguns autores como o objeto do processo penal e por outros como a finalidade, não mudou essencialmente da justificativa dada pelos inquisidores da Idade Média, ou seja, a busca da verdade (real). Destarte, o processo continua a ser visto como um mecanismo apto a reconstituir o passado, principalmente através da oitiva de testemunhas, da vítima e do acusado. Os discursos se fortalecem e formam o que é chamado de *senso comum teórico*¹⁰³ de fato, reconstituindo-o por meios das falas.

¹⁰² Ibidem. p. 24-25.

¹⁰³ A expressão é de Luiz Alberto Warat. Cf. o primeiro capítulo da obra Introdução Geral ao Direito, vol. I.

Ainda se praticam, exatamente como nos procedimentos utilizados pelos Tribunais da Inquirição, os atos de interrogatório, de inquirição de testemunhas, de reconstituição de fatos, dentre outros. Para Salo de Carvalho, “na lacuna entre os projetos [medieval e moderno], pode-se perceber que não há, necessariamente, ruptura.”¹⁰⁴ Por sua vez, Alexandre Morais da Rosa refere que “as matrizes do ‘Direito Canônico’ ganharam nova embalagem, mantendo, contudo, em seu hermetismo e multiplicidade de métodos (ditos) científicos, a censura e o adestramento sobre o que pode e deve ser dito.”¹⁰⁵

A verdade no processo, especificamente o penal, vem sendo tema de intensa preocupação. Mais do que um problema jurídico, ela transcende a um caráter epistemológico, ainda mais quando a incerteza permeia a vida social, como ocorre na contemporaneidade. A reconstrução dos fatos a partir de uma perspectiva eminentemente fenomenológica é bastante suscetível a distorções, eis que inerente à natureza humana a elaboração diversa sobre um mesmo acontecimento. É ver-se:

Acima de tudo *a verdade real é um mito*, que deve ser desconstruído, e apenas serviu (e ainda serve) para justificar os atos abusivos praticados pelo Estado. Falar em verdade real é falar algo absolutamente impossível de ser alcançado, a começar pela inexistência de verdades absolutas. A própria ciência encarregou-se de demonstrar isso. Ademais, não há que se esquecer que o crime é um fato histórico e a reconstrução de um fato histórico (para isso servem a prova e o próprio processo) é sempre minimalista e imperfeita. Não se trata de construir, mas de *reconstruir*.¹⁰⁶

Pois bem. Mas, se a prova da verdade é uma impossibilidade, para que serve o processo? A razão de ser do processo penal é a proteção do indivíduo contra o arbítrio da autoridade. A presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere* e o *in dubio pro reo* têm o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem, cabalmente, o exercício do *jus puniendi*, impedindo a configuração de abusos de poder.

Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidos na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, esmiuçando em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Dentre elas, encontra-se a garantia do *due process of law*.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. Criminología y Transdisciplinaridad. In: **Cuadernos de Política Criminal**, v. 91, p. 125-148, 2007.

¹⁰⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 32.

¹⁰⁶ Ávila, Gustavo Noronha de; GAULAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela “verdade” e algumas de suas conseqüências para o processo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (Org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Rio Grande do Sul: Notadez, 2006. p. 43-44.

A Constituição brasileira de 1988 incorporou, no artigo 5º, LIV¹⁰⁷, o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215 e, posteriormente, ao artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem que garante que todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Com isso, inovando em relação às Cartas antigas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade como no âmbito formal, ao assegurar-lhe plenitude de defesa e paridade total de condições em relação ao Estado-persecutor.

Transportando essa norma e, mais do que isso, princípio para o terreno do processo penal, compreende-se que este só pode ser pensado e concebido como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não pode se perfazer em instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de balizamento dos poderes de que dispõem os órgãos responsáveis pela persecução penal.

E, por fim, a partir do momento em que a sistemática da busca da verdade declarada na Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal deixou de ser o único meio para tanto, sua infalibilidade começa a ser questionada e seus dogmas deixam de ser intransponíveis.

Daí, então, paralelamente aos mecanismos convencionais de administração da justiça, surgem novos mecanismos de resolução de conflitos através de instituições mais ágeis, relativa ou totalmente desprofissionalizadas e menos onerosas, de modo a maximizar o acesso aos serviços, diminuir a morosidade judicial e equacionar os conflitos por meio da mediação.

Na esfera penal, essas reformas operam mediante movimentos de despenalização e de informalização, na busca de alternativas de controle mais eficazes e menos dispendiosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional. Quer se fundamentem em razões de legitimidade, quer privilegiem uma perspectiva de eficácia, as reformas, no sentido da informalização, assumem características diversas.

No âmbito do direito material, pode ser adotada a forma direta de descriminalização, pela revogação da norma incriminatória, ou ser incorporados princípios gerais de aplicação da pena, excluindo de sua incidência os chamados delitos de bagatela. No âmbito do direito processual, as mudanças têm visado o alargamento do princípio de oportunidade da ação

¹⁰⁷ art. 5º, LIV da CRFB “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

penal, conferindo ao acusado uma gama de alternativas (transação, suspensão condicional do processo) nos chamados delitos de menor potencial ofensivo, e incorporando a participação da vítima para o encaminhamento da questão.

Ainda na esfera processual, as alternativas de informalização apontam para a redução da competência do sistema penal tradicional em relação ao controle de condutas que permanecem sendo consideradas socialmente indesejáveis. São as chamadas soluções conciliatórias, que visam promover a interação face a face entre vítima e acusado como forma de superar o conflito que está na origem do delito. As soluções de conciliação constituem uma das manifestações mais expressivas do movimento de “deslegalização” ou “informalização” da justiça.

Engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica, que o instrumentaliza, não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma liberal-individualista-normativista está esgotado e o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos. É, nesse contexto que têm surgido novas formas de enfrentar os conflitos criminais, demonstrando que novas possibilidades estão sendo criadas e colocadas à disposição da sociedade como um todo.

Todavia, antes de analisar conceitualmente essas novas formas, a abordagem das mesmas se dará de modo amplo, de maneira que se possa refletir se representam ou não sintomas da crise do processo penal como gestor de conflitos criminais.

3.4 A institucionalização da informalização: da justiça conflitiva à justiça consensuada

Diante dos acontecimentos brutais que conseguem largo espaço na mídia, grande parte dos brasileiros, invadidos por um sentimento de repulsa e pelo desejo de vingança, defendem como solução para o problema da criminalidade uma maior repressão legal. Entretanto, não pode o Direito Penal ser vulnerável a este clamor social, rendendo-se a um modelo de justiça criminal baseado na cultura do litígio.

De acordo com o que foi explicitado no item anterior, pode-se dizer que, em relação ao direito penal, o que se nota é uma enérgica tentativa de ampliação dos tipos penais, já, no que se refere ao direito processual penal, é possível averiguar intenções semelhantes, porém,

dentro de sua área de interferência, por meio da diminuição protetiva dos acusados, que pode ser verificada a partir da extensa estruturação persecutória estatal, reduzindo os direitos e garantias individuais daqueles em prol de uma eficiência punitiva.

Não obstante este contexto social, em que a postura da população é defender um aumento da penalização, a Justiça Criminal se direciona em sentido contrário, encontrando-se em fase de transição de um modelo exclusivamente repressivo para um modelo consensual de gestão de conflitos. Esta realidade é uma expressão do movimento de descriminalização de comportamentos, que deixa de considerar ilícitas determinadas condutas, evitando ou ao menos dificultando a aplicação da pena de prisão.

Eis que a complexidade da sociedade acabou por fomentar uma ordem jurídica igualmente complexa, causando uma inflação legislativa, neocriminalizações em grau máximo. Destarte, o princípio da legalidade legitimou novas condutas criminais de modo desorientado e desequilibrado, hipertrofiando o sistema e impossibilitando o controle social. Com isso, políticas como a *tolerância zero*¹⁰⁸ se tornaram ícones de controle e incentivo à hipercriminalização e pequenas condutas que poderiam ser rechaçadas de forma eficaz e preventiva por meio de outros instrumentos, que não a coação penal, foram tipificadas e contam com a aplicação de sanções em graus cada vez mais elevados. O excesso de criminalização culminou por inflacionar o sistema judiciário. Tornou-se imperativo, portanto, encontrar novos meios para resolução de tantos conflitos.

As novas estratégias de controle, tendo de responder à crise do Estado, ao aumento da demanda por controle penal, ao debilitamento dos mecanismos de controle comunitário e à perda de legitimidade e credibilidade do próprio sistema de controle penal formal, vão buscar saídas incorporando a contribuição de outros estudos que tiveram por objeto o sistema jurídico, procurando, através do direito processual, estabelecer uma ligação entre a justiça formal e abstrata e a demanda por uma justiça substantiva.

O atual movimento de informalização da justiça pode ser visto como um fenômeno de âmbito internacional a partir dos anos 70. Nas palavras de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

Nos EUA, país no qual a informalização remonta a toda uma tradição teórica de realismo e pragmatismo no tratamento das questões judiciais, iniciada por Roscoe Pound no início deste século, durante toda década de 70 foram realizadas diversas conferências nacionais, e foram criadas instâncias alternativas de disputa em mais de 100 cidades. O mesmo vem ocorrendo na Europa e na América Latina, para ficar circunscrito ao mundo ocidental.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Política criminal adotada pela Prefeitura de Nova Iorque, no início dos anos 90, e defendidas por diferentes setores do espectro público. O pressuposto dessa política de segurança pública é a perda de eficácia das estratégias brandas ou informais de controle social.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social**. São Paulo: IBCCrim, 2000. p. 104.

A respeito dos modelos de informalização adotados em diversos estados norte-americanos, pesquisas identificaram que, em alguns casos, enfatiza-se a mediação como processo terapêutico e a pressão da comunidade é o meio para alcançar soluções voluntariamente acordadas entre as partes, no interior das cortes tradicionais. Ao passo que, em outros casos, os modelos apresentam-se como uma alternativa ao sistema formal, por exemplo, as chamadas *community courts*, que tem jurisdição exclusiva sobre certas ofensas. A corte comunitária tem funções conciliatórias e adjudicatórias, e os mediadores são eleitos pela comunidade onde residem e recebem um treinamento formal mínimo. Esse modelo aproxima-se da chamada democracia participativa, com o envolvimento maior da comunidade em questões antes restritas e resolvidas pelo aparato estatal.¹¹⁰

No Brasil, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, o constituinte e os próprios legisladores infraconstitucionais se indagavam acerca de um número excessivo de infrações penais de menor gravidade que emperravam a máquina judiciária, bem como a quantidade periclitante de pessoas submetidas ao cárcere, expostos a uma influência negativa na prisão: os presos se familiarizam cada vez mais com a cultura do crime; quantitativamente, o número de celas, cadeias e penitenciárias brasileiras é insuficiente para atender a crescente demanda dos condenados; qualitativamente, o sistema penitenciário, há muito, não recupera os seus apenados, tampouco ressocializa, mas, pelo contrário, as prisões tornam-se escolas bastante eficazes do crime.

Na empreitada de amenizar tais problemas, a solução seria adotar a tendência de outras legislações, vale dizer, um Direito Penal Consensual, a fim de efetivar medidas alternativas para agilizar o processo ou, até mesmo, para o não desenvolvimento do processo, sempre norteado por dois princípios basilares, quais sejam, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a descarcerização dos infratores de menor potencial ofensivo, aplicando-lhes penas não privativas de liberdade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, buscou-se adequar a tendência de países, que obtiveram resultados bastante positivos com a implementação da Justiça Criminal Consensual, estabelecendo no seu artigo 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais Criminais com competência para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo (no início, contravenções e crimes cuja pena máxima não excedesse um ano de prisão, sendo que, em 2001, a Lei 10.259, de 12 de julho, que criou os Juizados Especiais Criminais Federais, ampliou o rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo, estendendo o conceito àqueles cuja pena privativa de liberdade, em tese, é de até 2 anos, o que corroborou-

¹¹⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Op.cit. p. 99.

se, posteriormente, com a Lei 11.313 de 2006), obedecendo a certos critérios orientadores, promovendo uma rápida resposta por parte do Estado. No mais, objetiva-se resolver os conflitos harmoniosamente, sem a necessidade de haver a instauração de um processo criminal, evitando a prisão do indivíduo.

Os elementos conceituais que configuram um tipo ideal de informalização da justiça nos Estados contemporâneos, em que pese a existência de modelos diferenciados, são: estrutura menos burocrática e relativamente mais próxima do meio social em que atua; aposta na capacidade dos disputantes de promover sua própria defesa, diminuindo a necessidade de profissionais e o uso da linguagem legal formal; preferência por normas substantivas e procedimentais mais flexíveis, particularistas, *ad hoc*; mediação e conciliação entre as partes mais do que a adjudicação de culpa; participação de não juristas como mediadores; preocupação com uma grande variedade de assunto se evidências, rompendo com a máxima de que “o que não está no processo não está no mundo”; facilitação do acesso aos serviços judiciais para pessoas com recursos limitados para assegurar auxílio legal profissional; ambiente mais humano e cuidadoso, com uma justiça resolutiva rápida, e ênfase em uma maior imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; geração de um senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; maior relevância em sanções não coercitivas para se obter acatamento.¹¹¹

Outrossim, tendo em vista a grande gama de meios e instrumentos político-criminais que podem viabilizar a “resposta jurídica” adequada diante de cada conduta desviada, nota-se atualmente uma forte tendência metodológica de se separar a “grande” da “pequena e média” criminalidade, isto é, a criminalidade de menor (e médio) potencial ofensivo da criminalidade de alta reprovabilidade (grande potencial ofensivo).

Isso sugere, em primeiro lugar, que cabe ao ordenamento jurídico prever para cada espécie de criminalidade “reações” não só quantitativamente senão também qualitativamente diferentes com procedimentos distintos. Sugere, em segundo lugar, que, dentro de um novo modelo de Justiça Criminal, deve ficar cristalinamente delimitado o *espaço de consenso* (vinculado à pequena e média criminalidade) do *espaço de conflito* (criminalidade grave).¹¹²

O *espaço de conflito* está marcado pela contrariedade e antagonismo, assim como pelo estrito respeito a todos os direitos e garantias fundamentais. O *espaço de consenso*, por sua vez, está voltado primordialmente para a ressocialização do autor do fato e pode implicar, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o uso voluntariamente limitado de certos

¹¹¹ Ibidem. p. 100.

¹¹² ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina. p. 334.

direitos e garantias fundamentais assegurados pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito, tais como o de igualdade de oportunidades, o de presunção de inocência, o da verdade real, o da ampla defesa, o do contraditório etc.

Em outras palavras, enquanto o processo penal está constitucionalmente limitado por direito e garantias individuais, muito embora freqüentemente de observação limitada pelos tribunais do país, os modelos consensuais de resolução de conflitos apresentam uma estrutura que, por vezes, abandona alguns desses direitos e garantias em favor de uma resposta estatal que possa admitir, trabalhar e combater a complexidade que envolve os casos da vida.

Posto isto, urge questionar se esses novos modelos já nascem ou não com os mesmos pressupostos e as mesmas pretensões típicas do *velho* processo penal.

De qualquer forma, indubitavelmente, o cenário jurídico-penal brasileiro, depois da Lei 9.099/95, foi inegavelmente outro. As mudanças introduzidas são notáveis, vindo a possibilitar, inclusive, novas experiências procedimentais, como se verá mais adiante com o estudo das Justiças Restaurativa, Terapêutica e Instantânea.

3.5 A Lei 9.099/95: a ruptura

A edição da lei 9.099/95¹¹³ evidenciou a confirmação do que já se podia perceber: a insuficiência do modelo de processo penal vigente no Brasil.

Os Juizados Especiais Criminais instituíram “uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas.”¹¹⁴

Cabe mencionar, desde logo, a reviravolta provocada por essa nova “filosofia” político-criminal. Ao invés da atividade jurisdicional penal servir exclusivamente aos interesses coligados com a pretensão punitiva estatal, a orientação se altera, uma vez que, em certas hipóteses, sobressaem como mais relevantes os interesses da vítima, que deve ser reparada no dano que sofreu. Isto significa colocar o Direito Penal como *ultima ratio* do

¹¹³ Tal Lei entrou em vigor em 26 de novembro de 1995 e conta com disposições acerca das esferas cível e criminal. Sob o enfoque proposto, obviamente, será trabalhada a parte referente aos Juizados Especiais Criminais, cujos artigos (60 a 97) encontram-se no ANEXO A.

¹¹⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou Punir? – Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (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. p. 68.

sistema. Se outras medidas menos drásticas revelam-se adequadas e suficientes, não deve incidir aquele. Para Ada Pellegrini Grinover, os Juizados significaram

Uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade) que quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Os operadores judiciários tiveram de aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade na ação penal pública e a abrir espaço para o consenso. Ao lado do princípio da verdade material passou a existir também, após 1995, ‘a verdade consensuada’. Pretendeu-se testar um novo paradigma da justiça criminal baseado no consenso, que tem como preocupação não apenas a decisão do caso, mas também a solução do conflito. O modelo político criminal brasileiro, sobretudo desde 1990, caracterizava-se pelo endurecimento de penas, pelo corte de direitos e garantias fundamentais, por novas tipificações e agravamento da execução penal, tudo isto conseqüência do enorme crescimento da criminalidade, que reclamava a adoção de políticas criminais duras, que eram postas em prática pelo poder político. Rege-se pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade.¹¹⁵

Uma questão controversa já muito discutida e que remanesce sem tanta força, nos dias de hoje, diz respeito à ofensa ou não do princípio do devido processo legal pela Lei 9.099/95, especialmente seu artigo 76. No que toca a este ponto, razão assiste a Paulo Rangel quando assinala que

[...] embora se conheça o princípio de que não haverá pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*), é a própria Constituição Federal (cf. art. 98, I) que permite ao legislador ordinário (Lei n° 9099/95) estabelecer este procedimento, quer dizer: este é o devido processo legal para as infrações de menor potencial ofensivo.¹¹⁶

No Brasil, em especial após a promulgação da Constituição de 1988, uma série de novos mecanismos para a solução de litígios foi criada com vistas à agilização dos trâmites processuais. A implantação dos Juizados Especiais Criminais integra uma lógica de informalização entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas.

A Lei 9.099/95 significou uma verdadeira ruptura no sistema processual penal brasileiro. Com efeito, seu surgimento implicou a possibilidade de se pôr fim aos processos judiciais, sem a necessidade de um procedimento moroso e penoso, com a dispensa da oitiva desmesurada de testemunhas e da reiteração da prática de atos repetitivos. Veio, pois, na contramão do movimento de lei e ordem que propunha um direito penal simbólico, excessivamente intervencionista e preventivo, através de medidas repressivas de extrema severidade, tais como a lei dos crimes hediondos e a lei do crime organizado, que findaram por não produzir o efeito esperado de diminuição da criminalidade.

Sobre o contexto histórico em que surgiu esta Lei, diz mais uma vez Ada Pellegrini Grinover:

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT, 2000, p.13.

¹¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

O modelo político-criminal brasileiro, particularmente desde 1990, quer dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos, caracteriza-se inequivocamente pela tendência paleorrepressiva. Suas notas marcantes são: aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal.¹¹⁷

Assim, vê-se que a Lei do Juizados significou uma quebra de tendência e um reconhecimento de que a Justiça Criminal Conflitiva formal não se constitui no único discurso jurídico presente na sociedade brasileira, ao contrário, encontra-se inserido em um contexto de pluralismo jurídico. E como assevera Boaventura de Sousa Santos, para a análise de fenômenos jurídicos concretos, empiricamente observáveis, uma compreensão pluralista do direito tem profundas conseqüências:

a vida sociojurídica do fim do século é, assim, constituída pela interseção de diferentes linhas de fronteiras jurídicas, fronteiras porosas e, como tal, simultaneamente abertas e fechadas. A esta interseção chamo interlegalidade, a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico.¹¹⁸

Com o debilitamento do fetichismo da unidade do direito, abre-se espaço para novas práticas emancipatórias, produto de negociações e juízos políticos sobre o jurídico.

A vida sociojurídica, nos tempos atuais, apresenta-se como um lugar de cruzamento entre diferentes fronteiras jurídicas. É precisamente esta intersecção, um tipo de manifestação fenomenológica do pluralismo jurídico, que se qualifica de *interlegalidade*. Essa idéia aparece como uma razoável possibilidade de ultrapassar uma possível leitura etnocêntrica da noção de direito. Sem correr o risco de descaracterizar o mundo jurídico formal, esta noção incorpora a *desfuncionalidade* presente na vida moderna e permite que outras práticas de negociação e resolução de litígios possam ser investigadas e adjetivadas como jurídicas. Uma outra virtude que merece ser evidenciada é que esta perspectiva de interdisciplinaridade, ao iluminar as juridicidades informais, contribui para o esclarecimento dos problemas que obstaculizam a relação entre a justiça e a população.

Contudo, é importante ressaltar que a Lei 9.099/95 não descriminalizou, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal. Ela trouxe, porém, quatro novas medidas despenalizadoras, que evitam a aplicação da pena privativa da liberdade: a) nas infrações de menor potencial ofensivo, cuja ação requer iniciativa privada ou pública condicionada à representação, havendo *composição civil*, resulta extinta a punibilidade (artigo 74, parágrafo único); b) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, pode ocorrer a aplicação imediata de pena alternativa restritiva de direitos ou de multa – *transação penal* – (artigo 76); c) as lesões corporais culposas ou leves passaram a exigir *representação*

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Op. cit. p. 41.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna:** Para um novo senso comum. Humanidades, v. 7, n. 3, Ed. UNB, 1991. p. 279.

da vítima (artigo 88); d) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a *suspensão condicional do processo* (artigo 89). Isto coincide com a exigência de alterações nas funções clássicas dos juízes, que se tornarem co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais.

As medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95 significam a adoção do consenso como solução para os conflitos penais. Em última análise, é a aplicação da linguagem em toda a sua plenitude em contraposição à força. HASSEMER¹¹⁹ diz que a lei, sua concretização na dogmática jurídica, sua interpretação e aplicação pelos tribunais e a crítica a estas decisões, tudo isso é linguagem. Para ele onde termina a linguagem começa a força.

Os Juizados Especiais, todavia, não estão imunes a críticas. Com sua implantação, havia a expectativa de uma significativa redução do movimento processual nas varas criminais comuns, que poderiam, assim, concentrar a atenção nos delitos mais graves. A conclusão, no entanto, é que, em vez de assumir uma parcela dos processos criminais dessas varas, os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que antes não chegava até elas, sendo resolvido através de processos informais de “mediação” (ou “intimidação”) nas delegacias de polícia ou pelo puro e simples “engavetamento.”¹²⁰

Hodiernamente, seu colorido reluzente inicial já não parece tão ofuscante, dando ensejo a debates que pretendem ora sua extinção, ora sua adequação às premissas democráticas e ora sua exaltação.

Na medida em que o Estado consegue, pela via da informalização, articular ao mesmo tempo uma resposta à crise fiscal e o controle sobre ações e reações sociais dificilmente reguláveis por processos jurídicos formais, ele está, de fato, a expandir-se por sobre a sociedade civil. A dicotomia Estado/Sociedade, tão cara ao pensamento da modernidade, deixa de ter sentido teórico e o controle social pode ser executado na forma de participação social, a violência na forma de consenso, a dominação de classe, na forma de ação comunitária.

Salienta-se que a efetivação de direitos através de procedimentos informais somente pode ser bem-sucedida se forem ultrapassadas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico àqueles que pretendem exercer estes direitos. No Brasil, o processo de abertura e informalização da prestação estatal de justiça ocorre em uma situação na qual ainda não há de fato um Estado de Direito funcionando plenamente sob critérios racionais-legais de legitimação. O Estado brasileiro ainda não rompeu com relações tradicionais de poder, que

¹¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 145-148.

¹²⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. p. 103.

pouco espaço concedem para a representação dos interesses e reivindicações populares no quadro institucional.

Deparando-se com um tipo de conflitualidade social que poucas vezes chegava até a sala de audiências, e tendo de conduzir um processo de conciliação entre os envolvidos, os juízes que passam a atuar nos Juizados Especiais Criminais enfrentam dificuldades para assumir este novo papel.

Os Juizados Especiais Criminais, tendo surgido sob a ideologia da conciliação e da dispersão para desafogar o judiciário, acabaram abrindo as portas da justiça penal a uma conflitualidade antes abafada nas delegacias, e para a qual o Estado é chamado a exercer um papel de mediador, mais do que punitivo. Com a promessa de resolver disputas por meio da comunicação e do entendimento, e permitindo uma intervenção menos coercitiva e mais dialógica, em um espaço estrutural (a domesticidade, os relacionamentos interpessoais) que antes ficava à margem da prestação estatal de justiça, a informalização da justiça penal pode ser um caminho para o restabelecimento do diálogo, contribuindo para reverter a tendência de dissolução dos laços de sociabilidade no mundo contemporâneo.

3.5.1 As medidas despenalizadoras em foco

Recuperando um pouco aquilo que foi discutido anteriormente no que se refere à pena de prisão, pode-se dizer que muitos especialistas, críticos em matéria penitenciária, apresentam fortes argumentos sobre os fins contraditórios atribuídos ao tratamento da pena de prisão. Dentre eles, Thompson¹²¹ aduz que a pena de prisão possui métodos contraditórios, pois pretende constituir-se como uma ação pedagógica ou terapêutica-reformativa, onde o seu real e principal fim é a segurança no sentido de impedir que o condenado fuja, mantendo-o enjaulado, no desejo da recuperação e salvação. As dimensões da prisão, custódia, vigilância, confinamento, manutenção da ordem e da lei são os meios que melhor correspondem aos anseios da opinião pública e da vingança social, funcionando como uma intimidação coletiva e um símbolo das sanções sociais.

A prisão, portanto, intencionalmente recolhe o indivíduo a um sistema social fechado de poder, com cultura, regime e conflitos internos próprios, que não se reduzem aos muros, grades, celas e trancas, representando uma sociedade dentro de uma sociedade. Como aponta

¹²¹ THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 10-16.

Paixão¹²², é a *sociedade dos cativos*, que estabelece o cunho terapêutico e correccional, institucionalizando as relações e os comportamentos de funcionários, técnicos e massa carcerária, falaciosamente acreditando que levará o indivíduo, supostamente adaptado pela prisão, a viver livremente. Mas, na realidade, o que se percebe é que o encarceramento por seus efeitos destrutivos e desumanos, pela ociosidade, pela total desassistência e sujeição, ao romper com a sociabilidade do indivíduo, acaba por contribuir para seu embrutecimento e sua dificuldade para o convívio em liberdade.

Por outra parte, o encarceramento em massa sob a égide da penalização da miséria encontra-se vinculado à liberalização da intervenção punitiva e intolerante do Estado frente ao recuo do seu papel de intervenção social, no que diz respeito à proteção e à garantia de mínimos sociais para as classes mais pobres e marginalizadas.

Máquina varredora da precariedade, a instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os (sub)proletários tidos como inúteis, indesejáveis ou perigosos, e, assim, ocultar a miséria e neutralizar seus efeitos mais disruptivos: esquece-se que ela própria contribui ativamente para entender e perenizar a insegurança e o desamparo sociais que alimentam e lhe servem de caução. Instituição total concebida para os pobres, meio criminógeno e desculturalizante moldado pelo imperativo (e o fantasma) da segurança, a prisão não pode senão empobrecer aqueles que lhe são confiados e seus próximos, despojando-os um pouco mais dos magros recursos de que dispõem quando nela ingressam, obliterando sob a etiqueta infamante de ‘penitenciário’ todos os atributos suscetíveis de lhes conferir uma identidade social [...] e lançando-os na espiral irresistível da pauperização penal, face oculta da ‘política social’ do Estado para com os mais pobres.¹²³

As prisões contemporâneas, destinadas ao *depósito dos indesejáveis*, seguem na manutenção do vigiar e punir e do panoptismo foucaultiano, abertamente voltadas para a defesa social e onde os objetivos da reinserção social passaram a ser assumidos pelas administrações penitenciárias, como um *slogan* dos programas de governo. A desregulamentação socioeconômica, gradativamente substituída pelo incremento da regulação penal na lógica neoliberal dos governos, retrata cada vez mais a falta de investimentos sociais, transferidos para os investimentos de segurança e encarceramento. Assim, é mantida a lógica de reintegrar os indivíduos “recuperados” pelo aprisionamento como parte da missão primordial da segurança pública, da repressão e da coerção, reafirmando o controle social atribuído a estas instituições sob a máscara ideológica do tratamento terapêutico.¹²⁴

¹²² PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1987. p. 45-47.

¹²³ WACQUANT, L. A aberração carcerária à moda francesa. In: **Revista de Ciências Sociais**. vol. 47, n. 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004. p. 143-144.

¹²⁴ TORRES, Andrea Almeida. Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da ressocialização. In: **Revista de Estudos Criminais**. n. 26. jul-set/2007. passim.

As prisões não podem estar relegadas a serem a solução para a exclusão social e o aprofundamento crescente das desigualdades sociais. Para René Ariel Dotti¹²⁵, ao progresso cultural das civilizações relativamente aos direitos humanos, corresponde a abolição das penas que perante a consciência universal se mostram indignas do processo de evolução ética da personalidade.

Como já visto, a Lei 9.099/95 não cuidou de nenhuma descriminalização, ou seja, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal, mas disciplinou quatro medidas despenalizadoras, que procuram evitar a pena de prisão. O modelo consensual criminal brasileiro, introduzido por ela, não é, pois, abolicionista, tampouco chega a se identificar totalmente com o modelo integrado anglo-saxônico ou canadense, que propugna pela desinstitucionalização ou privatização do conflito, retirando-o do sistema formal, porém, sem dúvida, é um sistema jurídico inspirado no princípio da intervenção mínima do direito penal.

Os Juizados são órgãos do Poder Judiciário, que, de acordo com o artigo 61 da referida lei, são responsáveis por processar e julgar todas as contravenções e os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos de prisão, são os chamados crimes de menor potencial ofensivo. Objetiva-se resolver tais conflitos harmoniosamente, sem a necessidade de haver a instauração de um processo criminal, evitando a prisão do indivíduo.

Ressalte-se que duas diferenças básicas existem entre o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo e os demais delitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira se refere ao flagrante, pois, uma vez autuado, o cidadão não precisa ficar preso aguardando julgamento. Basta comparecer à delegacia e assinar um termo de compromisso, através do qual se obriga a comparecer a uma audiência preliminar no Juizado Especial Criminal, enquanto que nos demais crimes, em regra, o infrator não é liberado quando preso em flagrante, devendo permanecer na prisão.

A segunda diferença se refere à audiência preliminar. Nessa audiência, evita-se um processo criminal, buscando a conciliação entre os envolvidos, por meio da realização de um acordo para pagamento de eventuais prejuízos sofridos pela vítima, ou o encerramento do procedimento por parte do ofendido, que perdoa o autor da infração. Não sendo possível a conciliação, poderá ocorrer ainda a transação penal ou suspensão condicional do processo. A Lei 9.099/95, em seu artigo 88, estabeleceu ainda que nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, a ação penal depende de representação. Esses quatro institutos despenalizadores podem ser considerados as principais contribuições para a implementação de um novo modelo de processo criminal no Brasil.

¹²⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 152.

A conciliação civil é a “menina dos olhos” da Justiça Comum, tanto Estadual quanto Federal, pois ela abrevia a vida do processo, apazigua as partes, põe fim ao litígio, aumenta as estatísticas judiciais e aumenta a potencialidade de eficácia das normas jurídicas através de seu efetivo cumprimento.

O Poder Judiciário caminha atualmente ao encontro de formas alternativas de resolução das demandas. E dentro desse raciocínio, insere-se toda a filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas e outros horizontes se abram, para a efetividade da Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos, como a conciliação, a transação, a mediação e a arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados.

A conciliação civil, audiência em que as partes comparecem e discutem seus problemas, em uma tentativa de restauração, tem se mostrado o mais eficaz dos instrumentos de pacificação social. Os envolvidos no delito expõem suas razões e o mediador apresenta soluções para resolver a lide. Há um processo de conscientização e de cidadania participativa.

A conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um terceiro qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade.

Houve, portanto, uma quebra do paradigma dogmático da Justiça Penal tradicional, no qual o magistrado impõe a sanção independentemente da vontade e manifestação das partes, vítima e infrator. O juiz criminal agora também deve se preocupar com a composição dos danos civis, tema até há pouco de remoto, ou apenas de seu reflexo interesse. O espaço de consenso criado pela presente sistemática de resolução de conflitos penais de menor intensidade será preenchido, prioritariamente, pelo acerto de contas entre infrator e vítima. Acerto de contas que deixa de ser objeto exclusivo da imposição da vontade estatal, para assumir feição de ajuste pessoal entre os envolvidos na cena delitiva. Deve-se sempre considerar que o juiz precisa ser um solucionador de conflitos, tendo por referência o Direito, mas por objetivo a pacificação. Não há mais espaço, na sociedade atual, para um juiz que tenha a função de mero aplicador da lei fria, sem o mínimo de consciência social.

Desta feita, a fase da composição civil dos danos ocorrerá entre o autor do fato e a vítima e será homologada por sentença irrecorrível (com a possibilidade, porém, dos embargos de declaração, do mandado de segurança e da ação anulatória prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil – CPC), sendo título executivo judicial, nos termos do artigo

584, III, CPC, podendo ser executada, inclusive, no Juizado Especial Cível (artigo 3º da Lei 9.099/95). Este acordo realizado na esfera penal tem efeito na esfera cível para se evitar o enriquecimento ilícito.

Já a transação penal é instrumento de política criminal de que dispõe o Ministério Público, titular da ação penal, para, entendendo conveniente ou oportuna a solução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo, a aplicação sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade, ou seja, aquela restritiva de direitos ou multa.

A transação penal possui natureza dupla. Ao mesmo tempo em que é um instituto de Direito Processual Penal, uma vez que por meio dela se compõe a lide subjacente, é também um instituto de direito material, visto que os ajuste entre as partes, homologado pelo juiz, implica a extinção da punibilidade do fato típico e antijurídico, não se admitindo mais sua discussão. A finalidade da transação penal está voltada para a solução do conflito antes de deduzida a pretensão punitiva do Estado através de uma ação penal. Desse modo, bem salienta Fernando Capez:

Consiste em um acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo. Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade, consiste na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto.¹²⁶

Muitas controvérsias, contudo, permeiam o instituto da transação penal. Dentre elas, está a polêmica referente à sua constitucionalidade. Há quem entenda, como Miguel Reale Júnior¹²⁷, ser uma transgressão ao devido processo legal, uma vez que faz-se tabula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio da *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal, além da ampla defesa e do contraditório. Em contraposição, há quem sustente, como Ada Pellegrini Grinover¹²⁸, que a regra do artigo 98 da Constituição possui o mesmo nível hierárquico que a norma que garante o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e que, portanto, há uma exceção constitucionalmente prevista ao princípio de que não pode haver condenação sem processo. Entende a doutrinadora que o instituto da transação legal encontra-se inserido no espaço do consenso, no qual existe uma flexibilização de certos princípios

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 563.

¹²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo, *apud* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Breves anotações ao instituto da transação penal**. São Paulo: RT, dez. 1998, v. 87, n. 758. p. 419-428.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 255.

constitucionais, no entanto, obviamente, sempre respeitando-se a vontade do acusado, que não está obrigado a transigir.

Cabe ao autor do fato e ao seu defensor aceitar ou não a proposta, aquiescendo, o autor do fato não está reconhecendo sua culpabilidade, apenas concorda para evitar a tramitação de um processo.

Se aceita por ambos, o juiz verificará se estão presentes os seus requisitos objetivos e subjetivos e aplicará a pena não privativa de liberdade discriminada na proposta. Em situação alguma poderá ser transacionada pena privativa de liberdade. A aceitação é benéfica para o autor do fato, pois não haverá anotação para efeito de reincidência. O registro da transação tão-somente obsta nova transação em até cinco anos. No mais, a aceitação não permite a execução civil da sentença para efeito de reparação de dano, cabendo aos interessados propor no juízo cível competente a ação de conhecimento reparatória de danos se ainda não o houver feito no momento da composição de danos.

A Lei 9.099/95, em seu artigo 88, passou a exigir a representação do ofendido, ou de seu representante, nas hipóteses de lesões corporais leves e culposas.

Segundo Luis Gustavo de Carvalho e Geraldo Prado:

As providências tendentes a promover o consenso, com solução satisfatória do conflito de interesses, não alcançariam o resultado preconizado pelos idealizadores da lei se continuasse em vigor o sistema de ação penal pública incondicionada no caso das lesões dolosas leves e lesões culposas, independentemente da gravidade das seqüelas suportadas pelo ofendido.

Trata-se, neste aspecto, de assegurar a consistência e compatibilidade das regras distribuídas ao longo do percurso de investigação e processo criminal, orientando-se o legislador não somente pelo propósito de oferecer solução unitária ao conflito – a conciliação civil, na fase preliminar, resolve simultaneamente as questões penal e civil –, como de evitar demandas criminais não desejadas pelos principais envolvidos no drama (o agente e a vítima).¹²⁹

Sem representação, a denúncia deve ser rejeitada. E, operada a retratação da representação, renúncia válida à representação ou conciliação civil antes do recebimento da denúncia, e não como na regra geral (antes do oferecimento), estará extinta a punibilidade, servindo de fundamento para a extinção do processo ou arquivamento do termo circunstanciado, conforme o caso.

Criou a Lei dos Juizados mais um instituto de “despenalização” indireta, processual, a fim de se evitar nos crimes de menor gravidade a imposição ou a execução da pena. Este instituto é a suspensão condicional do processo, que, conforme assinala Mirabete:

Parte-se do princípio de que o que mais importa ao Estado não é punir, mas integrar ou reintegrar o autor da infração penal e reconduzi-lo à sociedade como parte componente daqueles que respeitam o direito da liberdade alheia, em seu mais

¹²⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais comentada e anotada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

amplo entendimento que é o limite do direito de outrem. Toda vez que essa integração social possa ser obtida fora das grades de um cárcere, e independentemente do cumprimento de outra sanção penal, recomendam a lógica e a melhor política criminal que não seja o autor do fato punido ou mesmo submetido ao processo, desde que se obrigue ao cumprimento de determinadas exigências. A suspensão condicional do processo é um dos meios de conceder crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando-o a que não volte a delinquir. Além disso, é medida profilática de saneamento, evitando que o indivíduo que resvalou para o crime por circunstâncias, às vezes independentes de sua vontade, não se submeta ao processo desde que cumpra as condições a ele impostas.¹³⁰

Sendo assim, tendo em vista que o autor da infração é primário, tem bons antecedentes, boa conduta social, etc., haverá a possibilidade de concessão do benefício, contanto que haja aceitação por parte do acusado, mediante condições. Cabe ao Ministério Público propor e ao juiz determinar a duração do prazo para a suspensão condicional do processo entre os limites previstos no artigo 89 (de dois a quatro anos). O que deve determinar a maior ou menor duração do período de prova é a gravidade da infração, a quantidade da pena cominada para o delito, suas circunstâncias e as condições pessoais do acusado.

Não ocorre interrogatório, tampouco colheita de provas. E, se as condições da suspensão forem cumpridas integralmente sem cometimento de nova infração, a punibilidade restará extinta, ou seja, é como se aquele fato nunca houvesse acontecido. Diante disso, observa-se que, dentre as vantagens da referida medida, é pertinente citar a desburocratização e a agilidade da Justiça, o que significa economia para a máquina estatal e um benefício atraente para o infrator.

Diferentemente de algumas vozes da doutrina, acredita-se que a suspensão condicional do processo não fere o princípio da presunção de inocência, pois não há declaração de culpabilidade do acusado, mas tão-somente a aplicação do princípio *nolo contendere*, forma de defesa em que o acusado não contesta a acusação, não admite a culpa, nem proclama sua inocência, apenas aceita condições para que não seja submetido ao desgaste de um processo criminal.

Enfim, urge esclarecer que apenas linhas gerais foram traçadas acerca das medidas despenalizadoras, uma vez que seu detalhamento desviaria o foco do estudo, entretanto não se poderia jamais deixar de mencioná-las frente à sua importância no cenário jurídico brasileiro, posto que são instrumentos facilitadores do acesso à Justiça, aptos a permitir ao poder judiciário uma prestação jurisdicional célere, capaz de reprimir a reiteração de infrações penais de menor potencial ofensivo e de incutir na sociedade um sentimento de confiança na Justiça.

¹³⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 162.

Em uma época de tendências doutrinárias no sentido de um direito penal de *ultima ratio* e em que já se implantaram modelos de justiça consensuadas em grande parte dos ordenamentos jurídicos pelo mundo, novos modelos de gestão criminal vão surgindo e se desenvolvendo, tendo estes sido viabilizados a partir da Lei 9.099.

4 NOVOS PARADIGMAS: UM OLHAR PARA O FUTURO

4.1 Os novos modelos de administração da Justiça Criminal: abordagem crítica

Não obstante, habitualmente, utilizada no campo cível, a resolução alternativa de litígios vem se tornando uma realidade na seara penal.

Nas complexas comunidades contemporâneas, os programas de mediação e informalização da justiça penal têm obtido uma rápida adesão graças à insatisfação com as sanções penais tradicionais para a solução de disputas e conflitos interpessoais. Em geral, existe um apelo às estruturas existentes na comunidade, embora muitas vezes essas experiências não passem de um apêndice do sistema legal formal. De qualquer forma, correspondem à busca de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema penal tradicional, que permitem um tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto, em vez da orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas.

Como ensina Luiz Flávio Gomes¹³¹, três são os modelos de resolução dos conflitos penais: o modelo dissuasório clássico, o modelo ressocializador e o consensual.

O modelo dissuasório clássico funda-se na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste direito penal punitivista-retributivista, não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena tais como a ressocialização e a reparação do dano, entre outros. Ao mal do crime, o mal da pena. Nenhum delito poderia escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo.

O modelo ressocializador, por sua vez, atribui à pena a finalidade de ressocialização do infrator, sustentando que o direito penal pode eficazmente intervir na pessoa do delinquentes, sobretudo quando ele encontra-se preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade.

E, finalmente, o modelo consensuado ou consensual de Justiça penal é aquele baseado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação. Subdivide-se em um modelo pacificador ou restaurativo, que visa à pacificação interpessoal e

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10051>>. Acesso em: 05 maio 2008.

social do conflito, à reparação dos danos à vítima e à satisfação das expectativas de paz social da comunidade e um modelo da Justiça criminal negociada, nos moldes da *plea bargaining* norte-americana, que tem por substratos a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc.

No evoluir dos sistemas jurídicos, principalmente em relação a delitos que afetam em menor escala bens jurídicos penalmente protegidos, ou mesmo em relação a infrações de potencialidade lesiva atenuada, percebeu-se que a adoção do consenso poderia tornar-se um recurso útil à resolução dos conflitos. A propósito, tal percepção não se consubstanciou apenas em uma solução alternativa à Justiça tradicional, mas revelou uma verdadeira evolução social.

Pesquisas de opinião mostram, há décadas, que as vítimas, na sua maior parte, estão descontentes com o processo penal judiciário¹³². Por conta desse sentimento, em geral, concentrado nas fases iniciais do processo e na fase de cumprimento da sentença condenatória, o sistema é tido como imperfeito, ensejando demandas por novos padrões e procedimentos judiciais. Esse sentimento é tão negativo que, por vezes, as vítimas não dão a chance do sistema sequer começar a funcionar.

Discute-se muito, adentrando-se no desenvolvimento concreto dos Juizados, se suas inovações, principalmente a perspectiva de se retirar do caso penal a ameaçadora presença da pena privativa de liberdade, desaqueceram a litigiosidade, já que este era um de seus objetivos iniciais, ou se, ao contrário, propiciaram a ampliação do aparato penal. Descortina-se esta questão, uma vez que uma das críticas sofridas pelos Juizados Especiais Criminais está relacionada com o impactante vigor que ganharam fatos penais que “estavam desaparecendo”, ou seja, que fatos socialmente insignificantes receberam nova dimensão de significado.

Frise-se mais uma vez que, em que pese essa aura vanguardista em torno dos juizados, estes não deixam de ser alvo de críticas agudas. Para Kant de Lima¹³³, os juizados são uma espécie de lenitivo produzido pelo *establishment* para não precisar abrir mão de seus princípios, criando agências e/ou instâncias, onde se possa fazer justiça mais rápida e menos elaborada para certos tipos de pessoas e certos tipos de causas.

Desde que foram criados, os Juizados Especiais Criminais têm suscitado um interessante debate sobre a adequação dos procedimentos informalizantes para o tratamento dos delitos de sua competência. As principais censuras situam-se no campo do garantismo

¹³² SCURO NETO, Pedro. Op. cit. p. 103.

¹³³ Cf. LIMA, Roberto Kant de. A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996. p. 176.

penal, que identifica um déficit de garantias, assim como uma neocriminalização, vez que muitos dos delitos de menor potencial ofensivo sequer batiam às portas do Judiciário.

Sob outro viés, não se pode deixar de considerar a relevante ruptura que ocorre com a instalação dos Juizados Especiais Criminais, pois, enquanto no tradicional sistema processual penal brasileiro não havia espaço para o diálogo, para a composição de danos, para a tentativa de conciliação entre os envolvidos e também para uma eventual proposta de acordo por parte do Ministério Público, os Juizados Especiais Criminais introduziram no Brasil todas essas possibilidades, colocando-se de encontro à lógica moderna do processo penal tradicional e desvelando o seu discurso legitimante da civilização *versus* a barbárie.

A conciliação é típica dos juizados criminais. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela conciliação tanto a reparação ou composição civil como a transação penal. Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as “infrações penais de menor potencial ofensivo”, ou seja, infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis 9.099/95 e 11.313/06.

Nesse sentido, a conciliação entre as partes é mais uma das alternativas que caracterizam a “Justiça do futuro”, em que a justiça deve se reservar para as grandes soluções, para as decisões prospectivas, que acenem à comunidade qual a conduta a ser adotada em situação análoga. Os juizados especiais, sob essa vertente, já constituem uma prospecção rumo a essa tendência de modos alternativos de resolução de conflitos, em que devem ser aplicadas soluções informais e rápidas para as infrações de menor potencial ofensivo, aceitando o magistrado uma participação maior dos envolvidos na infração e repartindo assim com eles o seu poder. Tudo isso visando a alcançar a celeridade, desafogando o Judiciário das causas menores e reservando o equipamento convencional para as soluções complexas dos delitos mais graves.

A previsão de soluções de consenso, repousando em um acerto entre partes, projeta a idéia geral de contrato social, que serviu ao Iluminismo e, mais ainda, ao liberalismo econômico, em consequência da ideologia de uma igualdade de posições entre os sujeitos sociais que, na visão de Lolita Aniyar¹³⁴, nega ou esconde o caráter classista do próprio Estado, como reflexo da composição classista da sociedade. Talvez, por isso, a importação de meios consensuais de resolução dos conflitos penais deva ser medida com cautela, bem como sua idolatria deve ser precedida de reflexão, principalmente no que diz respeito a quem essas

¹³⁴ ANIYAR, Lolita. **Democracia y justicia penal**. Caracas: Ed. Del Congreso da La República, 1992. p. 118.

medidas alternativas se destinam e qual a real estabilidade das resoluções advindas do consenso. Consoante observação de Geraldo Prado,

O que se deve ter em mente é que, na maioria das vezes, as soluções consensuais terão na América Latina maior probabilidade de se transformarem em instrumentos de gerenciamento de emperradas burocracias judiciárias, ao mesmo tempo em que a potencializarão, em nível teórico, discurso de compressão de direitos fundamentais que na realidade são gozados quase exclusivamente por imputados das classes médias e altas, dotadas de melhores recursos para defender-se da restrição legal aos direitos e garantias processuais do imputado.¹³⁵

É importante aclarar que não se quer dizer com isso que as soluções consensuais devem ser simplesmente eliminadas, mas, ao contrário, devem ser fomentadas à medida que movidas por propósitos de solidariedade e coesão social. O que não se pode permitir é que um discurso desvirtuado apresente a justiça penal consensuada como panacéia de todos os males do modelo retributivo, transformando a justiça penal em sede de negócios de natureza patrimonial, atribuindo-se uma falsa autonomia da vontade a pessoas a quem geralmente se nega a condição de uma real autonomia econômica, social e cultural.

Sob outro prisma, não se pode deixar de corroborar que a norma constitucional que determinou a criação dos Juizados Especiais obedeceu à imperiosa necessidade do sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta pacificação social. Pela informalidade, procura-se solução para a controvérsia penal sem maiores preocupações com fórmulas sacramentais e atos sem utilidade prática.

Logo, o novo modelo de Justiça Criminal foi recepcionado como depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema penal e processual penal. Parte-se, então, para a análise mais específica de outras formas de solução de conflitos que, à primeira vista, parecem emergir justamente após a implementação dos Juizados Especiais. Está-se a falar da Justiça Restaurativa, da Justiça Terapêutica e, de modo menos direto, da Justiça Instantânea.

4.2 Justiça Restaurativa: humanização e pacificação das relações sociais

¹³⁵ PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (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. p. 91-92.

Fruto da crise do sistema de justiça, que assola indiscriminadamente países centrais e periféricos, assiste-se nas últimas décadas a um enorme impulso no sentido da concretização de formas alternativas de resolução de litígios. A análise empírica das instâncias e processos informalizados de resolução de conflitos deve levar em consideração a sua dimensão institucional, o grau de formalismo e a natureza dos processos de decisão.¹³⁶

Assim, ao lado do modelo adjudicatório ou retributivo tradicional, passa a existir um modelo de justiça consensuada, de compensação, reparadora ou restaurativa, seja no processo de decisão, seja na execução das penas.¹³⁷

No âmbito do JECrim, a falta de previsões mais específicas quanto aos procedimentos de conciliação demonstra que não houve de fato a abertura necessária para novas formas de tratamento do conflito, levando na prática a situações de insatisfação justificada da vítima pela promessa não cumprida de consideração dos seus interesses.

Apesar de não existir um consenso teórico sobre o que seja a justiça restaurativa (já que se trata de um conceito ainda em construção), é possível identificar alguns elementos que se distinguem claramente daqueles que constituem a justiça criminal tradicional e da própria justiça consensual tradicional.

Um conceito de justiça restaurativa, cada vez mais utilizado em nível internacional, é o de Howard Zehr: “Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.”¹³⁸

A justiça restaurativa é diferente, portanto, da justiça penal tradicional em muitos aspectos. Primeiro, porque tem uma percepção mais completa dos atos de violência: mais que definir o delito como uma simples infração à lei, reconhece que os delinquentes causam prejuízos às vítimas, às comunidades e até à sua própria pessoa. Depois, promove um maior envolvimento das partes na resposta ao delito: mais do que reservar os papéis principais ao governo e ao agressor, inclui igualmente as vítimas e a comunidade na solução do conflito. Por fim, afere de forma diferente o êxito: mais que medir a importância da sanção, mede a importância dos danos reparados e dos prejuízos evitados.

¹³⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos juizados especiais criminais. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 114.

¹³⁷ Verificar quadros comparativos no ANEXO B.

¹³⁸ ZEHR, Howard. *The little book of Restorative Justice*. Pensilvânia: Good Books, Intercourse PA, 2002. p. 36-37. Traduzindo para a língua portuguesa: *A justiça restaurativa é um processo para envolver, no máximo possível, aqueles que têm um papel num evento ofensivo específico, e para coletivamente identificar e cuidar dos danos, necessidades e obrigações decorrentes, de modo a curar e corrigir o mais possível o malfeito*.

Para os teóricos da justiça restaurativa, a grande vantagem dessa nova prática é que diferentemente do modelo tradicional da justiça penal, em que o Estado é o titular da resolução do conflito penal, a justiça restaurativa parte de um pressuposto de voluntariedade, pois é necessário que as partes envolvidas no conflito (crime) estejam motivadas e comprometidas para a solução do mesmo e restauração da situação anterior.

Distintamente dos modelos retributivo e distributivo, motivados por interesses e gratificações hedonistas (perspectivas de dor e prazer), essencialmente dissociadas da estrutura do sistema social, a prática restaurativa assume a mais ampla variedade de formas e estabelece um vínculo jurídico permanente entre a satisfação racional do sentimento de justiça e as garantias básicas de cidadania democrática.

A idéia restaurativa de justiça, isto é, de igualdade efetivada na vida prática acarreta, de um lado, reunir o infrator e a vítima no contexto de um processo sistemático e controlado de conciliação orientado à reintegração de ambos na comunidade, permitindo que determinem o grau apropriado de restituição à vítima e de reparação à comunidade. Envolve igualmente um processo de reintegração social condicionada pelo compromisso de *restaurar*, articulado a uma perspectiva integralizada da pena – cujo objetivo não é apenas proteger a sociedade, ma também restituir às vítimas, denunciar a conduta infracional, prevenir violência e criminalidade, proteger a comunidade e reabilitar o infrator pela compreensão do dano causado por seu ato.¹³⁹

Nesse sentido, em diversas partes do mundo vem sendo introduzida legislação que obriga os magistrados a estimular encontros entre infratores e vítimas, no contexto de processos orientados por critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade e tendo em vista a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Mas nem sempre essa legislação ostenta um caráter autenticamente restaurativo e, então, as necessidades do infrator e da rede de justiça continuam a monopolizar o processo, em detrimento da participação e dos interesses das vítimas e da comunidade.

O país pioneiro a introduzir o modelo restaurativo, em 1989, foi a Nova Zelândia, que aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias, rompendo significativamente com a legislação anterior e que visava a responder ao abuso, ao abandono e aos atos infracionais:

Na Nova Zelândia, país referencial neste tema, a justiça restaurativa desenvolveu-se depois de décadas de insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, especialmente aqueles com formação maori, o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo da justiça de menores no país. O *Act* objetivou incluir elementos das práticas tradicionais maori de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto, na resolução do problema criado pelo crime [...].¹⁴⁰

A partir de então, multiplicaram-se as experiências e práticas restaurativas e outros países, como Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Austrália, Alemanha, Noruega,

¹³⁹ SCURO NETO, Pedro. Op. cit. p. 276.

¹⁴⁰ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-24.

Espanha, Áustria, Noruega, Bélgica, Escócia, Finlândia, França, Portugal, aderiram ao modelo restaurativo. Em decorrência dessas experiências, o Conselho Econômico e Social da ONU compôs a Resolução nº 2002/12¹⁴¹ – *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* – e concitou os Estados-membros a apoiarem o desenvolvimento e a implementação de pesquisa, capacitação e atividades dirigidas a essa vertente.

Na onda dessa tendência, no Brasil, passos ainda incipientes vêm sendo ensaiados, despontando iniciativas, em Brasília, com projeto piloto que opera nos Juizados Especiais Criminais; em Belo Horizonte, com o “Projeto Mediar”, no âmbito da Polícia Civil, na sede da 4ª Delegacia Seccional Leste; em Porto Alegre, com ênfase em jovens infratores; em Recife, com projeto de justiça restaurativa perante o 1º Juizado Especial Criminal da cidade; em São Caetano do Sul, onde se trabalha com três vertentes, quais sejam, Preventivo-Escolas, Preventivo-Comunidades e Judicial, além de outros focos espalhados pelo país.

Impende observar, porém, que a ausência de legislação que efetivamente introduza essas práticas no âmbito do processo penal tem acarretado insegurança e instabilidade às experiências em apreço. No sentido de remediar tal situação, ressalta-se a existência de um projeto de lei (PL 7006/2006)¹⁴², que se encontra em tramitação no Congresso Nacional, que propõe alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei dos Juizados Especiais Criminais, a fim de regular o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa.

As práticas restaurativas preconizam um encontro entre a pessoa que causou um dano a outrem e aquela que o sofreu, com a participação eventualmente de pessoas que lhe darão suporte, caso assim o desejarem, inclusive de advogados, assistentes sociais, psicólogos ou profissionais de outras áreas. Pautada pelo entendimento de que o envolvimento da comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento, o encontro é a oportunidade dos afetados pelo ato de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades e sentimentos.

É importante perceber que

Reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da cominação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público¹⁴³.

¹⁴¹ Tal documento encontra-se no ANEXO C.

¹⁴² Verificar ANEXO D.

¹⁴³ SICA, Leonardo. Op. cit. p.5.

Um ponto que chama a atenção nas sociedades contemporâneas é o desamparo a que se vêem as vítimas abandonadas pela máquina estatal, quando da ocorrência de fatos delituosos, e mesmo pela sociedade civil, que não se preocupa em ampará-las, chegando, muitas vezes, a incentivá-las a manterem-se em anonimato, contribuindo para a formação da malsinada “cifra negra”¹⁴⁴.

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou a amenização da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente. Essa situação é chamada de “sobrevitimização do processo penal” ou “vitimização secundária” que provém do dano adicional que causa a própria mecânica da justiça penal formal em seu funcionamento.

Antonio Garcia-Pablos de Molina¹⁴⁵, por outro lado, afirma que o sistema legal – o processo – já nasceu com o propósito deliberado de “neutralizar” a vítima, distanciando os dois protagonistas do conflito criminal, precisamente como garantia de uma aplicação serena, objetiva e institucionalizada das leis ao caso concreto.

Contrapondo-se à idéia supra e defendendo a satisfação da vítima como um novo fim da sanção penal, Cláudio do Prado de Amaral¹⁴⁶ considera que o enfoque restaurativo, ao contrário do sistema atual, em que qualquer melhora da situação da vítima é incidental em relação à imposição do castigo ao réu, o castigo do acusado é que deve passar a ser acidental ao processo de melhora da situação da vítima.

Diferentemente da justiça retributiva, em um modelo de justiça restaurativa, a vítima ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa, participa e tem o controle sobre o que se passa.

Enquanto o processo penal tradicional expurga a vítima do enfrentamento da situação conflitual, os novos modelos de justiça consensuada trazem-na para a mesa, possibilitando um local de fala a quem nunca é ouvido. A introdução desse mecanismo viabilizador do consenso dentro do processo representa não só uma ruptura com o antigo sistema, mas um avanço no

¹⁴⁴ Grupo formado pela quantidade considerável de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema penal. Essa “cifra negra” é uma das responsáveis pela falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público, e desta, uma grande parte não recebe nenhuma resposta por parte do Estado.

¹⁴⁵ MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: RT, 2000. p. 74.

¹⁴⁶ AMARAL, Cláudio do Prado de. **Despenalização pela reparação de danos**: a terceira via. São Paulo: J H Mizuno, 2005. p. 356.

sentido de reconhecer a falácia de um local privilegiado de exposição do poder que nunca quis saber quem de fato estava do outro lado.¹⁴⁷

O processo de resolução de conflito de que se trata envolve a capacidade de expressão das partes envolvidas e visa a definir uma nova abordagem para a questão do crime e das transgressões, possibilitando um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais circunscritas pelo conflito.

Melanie Klein¹⁴⁸ esclarece que, para que as práticas restaurativas tenham algum efeito tanto sobre a vítima quanto sobre o infrator, estes devem ter alcançado autêntica capacidade psíquica de amar e reparar. E para amar deve-se perceber o outro como um ser inteiro e separado. Além disso, aduz que é através da capacidade de lidar com os sentimentos primitivos de ódio e vingança que a pessoa se torna capaz do sentimento de amor.

Mas até que ponto as práticas restaurativas, no contexto judicial, podem propiciar espaço de acolhimento e funcionar enquanto facilitadoras de tais integrações psíquicas? E, ainda, não se estaria incorrendo em um grave risco de vitimização secundária se as expectativas de reparação imaginária da vítima não forem atendidas pelo encontro, recolocando ou criando uma nova situação em que a vítima fica impotente frente à virulência de mecanismos internos psíquicos extremamente primitivos do infrator?

No contexto judicial, para a implantação das práticas restaurativas, deve haver um acordo prévio, no qual vítima e autor do dano se comprometam a participar do círculo restaurativo através de consentimento livre e esclarecido. Acredita-se que a procura por alternativas ao sistema tradicional de aplicação de justiça é um objetivo que encontra, nas práticas restaurativas, um terreno fértil para o restabelecimento do diálogo e a possibilidade de dar voz à vítima. Obviamente, entretanto, isso se dará nos casos em que as pessoas envolvidas tenham alcançado os níveis complexos de funcionamento psíquico descritos acima, embora a efetividade das ações pressuponha avaliação prévia destas pessoas por profissionais capacitados e que conheçam mecanismos jurídicos básicos.

Urge mencionar que há mesmo casos em que a propositura de práticas restaurativas é contra-indicada, sob pena de se verificar resultados prejudiciais à saúde mental dos envolvidos e à eficácia da política criminal implementada. Por isso, saber reconhecer em que casos é plenamente possível e, inclusive, recomendável a utilização desse processo de resolução de conflito.

4.3 Justiça Terapêutica: oportunidade de tratamento e (re)construção da cidadania

¹⁴⁷ ACHUTTI, Daniel. Op. cit. p. 100.

¹⁴⁸ KLEIN, Melanie. **Vida emocional dos civilizados**. Rio de Janeiro: Zahar, 1962. p. 30-37.

A Justiça Terapêutica é um programa judicial para atendimento integral do indivíduo, adolescente ou adulto, envolvido com drogas lícitas ou ilícitas, inclusive, alcoolismo e violência doméstica ou social, priorizando a recuperação do autor da infração e a reparação dos danos à vítima. É um instrumento judicial para evitar a imposição de penas privativas de liberdade ou até mesmo penas de multa – que, no caso, podem se mostrar ineficientes – deslocando o foco da punição pura e simples para a recuperação biopsicossocial do agente.

No Brasil, a proposta onde a legislação seja cumprida harmonicamente com medidas sociais e tratamento às pessoas que praticam crimes, onde o componente drogas, em sentido amplo, esteja presente de alguma maneira, pode ser chamada de Justiça Terapêutica. Historicamente, o sistema jurídico sempre trabalhou na repressão. Derivado de observações de caráter sociológico, concluiu-se que outro braço deveria apoiar esta atribuição institucional. Proveniente de várias análises e experiências positivas, mais notadamente na área da infância e juventude, onde o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no artigo 112, inciso VII, que se pode aplicar como medidas sócio-educativas as medidas protetivas do artigo 101, o qual prevê nos seus incisos V e VII, tratamento a alcoólatras e toxicômanos, surgiu o balizamento para uma aplicação genérica de tratamento igualmente aos adultos.¹⁴⁹

A Justiça Terapêutica tem sua origem baseada nas experiências das *Drug Courts*, na cidade de Miami nos Estados Unidos. Preocupados com a superlotação dos presídios em decorrência das condenações de pessoas envolvidas com drogas, os promotores e juízes daquela cidade passaram a entender a situação como caso de saúde pública. Assim, romperam com o entendimento psiquiátrico padrão de então, o qual entendia que para ocorrer o tratamento deveria haver vontade do paciente de se tratar, substituindo os processos criminais por tratamentos terapêuticos, a serem administrados por equipe colegiada integrada por médicos, psicólogos e assistentes sociais.¹⁵⁰

Sistemas semelhantes foram implantados em diversos países, tendo em vista os resultados obtidos não só na redução dos índices de reincidência e na diminuição dos gastos públicos na recuperação dos infratores, mas principalmente na ressocialização dos envolvidos.¹⁵¹

¹⁴⁹ BARDOU, Luiz Achylles Petiz; FREITAS, Carmem Có. Justiça Terapêutica: a problemática das drogas. Disponível em: <www.anjt.org.br/artigos> Acesso em: 01 jun. 2008.

¹⁵⁰ Loc. cit.

¹⁵¹ FERNANDES, Márcio Mothé. Justiça Terapêutica Para Usuários de Drogas. Disponível em: <www.mj.gov.br/depen/pdf> Acesso em: 03 jun. 2008.

No Brasil, o Programa Justiça Terapêutica foi concebido originalmente pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Este, diante do retrato e dos dados sobre a dimensão da utilização de drogas e sua relação direta com a criminalidade, buscou alternativas através de uma intervenção integrada e multidisciplinar, visando à recuperação e reabilitação do infrator. As doutrinas de implantação destes sistemas são, basicamente, encaminhar o envolvido com drogas a uma equipe multidisciplinar para realização de tratamento terapêutico, cujo objetivo seria recuperá-lo e reintegrá-lo novamente ao convívio social, evitando assim o encarceramento.

Sobre o aspecto da obrigatoriedade ou não do autor do fato se submeter ao tratamento oferecido pela Justiça Terapêutica, verificam-se divergências doutrinárias. No sentido da não exigibilidade da voluntariedade, colaciona-se o pensamento de Carmem Có Freitas:

Outro aspecto que vale ressaltar é que a maioria dos usuários e/ou dependentes de drogas que chega a um serviço de saúde para tratamento não o faz de forma totalmente voluntária. Entenda-se aqui que o termo voluntário significa que o paciente tenha, por si mesmo, chegado à conclusão de sua necessidade de buscar ajuda e, conseqüentemente, tenha ido, por sua iniciativa, buscar tratamento.¹⁵²

Em sentido contrário, destaca-se a posição de Salo de Carvalho:

Neste quadro, apresentam-se como ofensivos aos direitos e garantias individuais, notadamente às dimensões da intimidade e da vida privada, a obrigatoriedade de testagem laboratorial para verificação do uso de drogas, a exigência de comparecimento regular e pontual às sessões de terapia, o desempenho laboral ou escolar satisfatório e a abstinência do uso de drogas. É que tais requisitos, além de ofender os direitos de personalidade constitucionalmente previstos, não se harmonizam com a idéia de redução de danos que deve imperar em casos que envolvem problemas de saúde coletiva¹⁵³.

Não se discute que a Justiça Terapêutica deve observar os direitos e garantias individuais dos acusados, pois é premissa fundamental de qualquer modalidade de intervenção o reconhecimento do envolvido com drogas como sujeito com capacidade de diálogo.

Por todo o exposto, pode-se considerar que a Justiça Terapêutica é um novo paradigma para o enfoque e o enfrentamento da problemática das drogas no Brasil. Com uma denominação genuinamente brasileira e claramente definidora dos seus propósitos, tem recebido o integral apoio da Secretaria Nacional Antidrogas, instância maior responsável pela elaboração das políticas de prevenção e tratamento das questões relacionadas ao consumo de drogas no país e da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.

¹⁵² FREITAS, Carmem Có. Dependência Química: do tratamento não voluntário ao voluntário. Disponível em: <www.anjt.org.br/artigos> Acesso em: 03 jun. 2008.

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 229-230.

4.4 Justiça Instantânea: uma questão de tempo

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA –, no Livro II, Parte Especial, ao tratar da Política de Atendimento na área da Infância e da Juventude, disciplina em seu artigo 88, V, como diretriz basilar, “integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional”.

Trata-se da chamada Justiça Instantânea (JIN) que tem por escopo a agilização e a celeridade dos procedimentos iniciais de apresentação de adolescentes em conflito com a lei, apreendidos em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, e é a “porta de entrada” para o sistema de administração da Justiça.¹⁵⁴

O estado do Rio Grande do Sul foi o primeiro a instalar e a colocar para funcionar o Sistema Integrado de Atendimento à Criança e ao Adolescente, com a concretização da Justiça Instantânea, em 1990.

O atributo precípua da Justiça Instantânea se localiza no pronto e imediato atendimento, com o fito de assegurar uma compreensão mais ligeira, por parte do adolescente em conflito com a lei, dos fundamentos sancionatórios e pedagógicos da medida sócio-educativa que lhe for dirigida.

A atuação integrada e imediata dos órgãos intervenientes na Justiça Instantânea, na apuração e julgamento dos atos infracionais praticados por adolescentes, a estes aplicando medidas, além de aproximar-se do ideal de justiça que todos almejam, responsabilizando na medida certa aqueles que, de alguma forma, prejudicam com seu comportamento as normas de boa convivência da comunidade, colabora na formação do adolescente como ser humano.

Dentre as vantagens apontadas desse modo alternativo de resolução de conflitos, pode-se mencionar que, em atos infracionais de pequena repercussão social, cometidos por adolescentes bem integrados ao meio em que vivem, com efetivo interesse e controle de seus responsáveis, o constrangimento provocado pela apresentação à autoridades policiais, ministeriais e judiciais, mesmo que em um espaço de tempo curto, apresenta-se muitas vezes

¹⁵⁴ NEDEL, Christian. “Justiça Instantânea”: serviço do sistema de justiça para adolescentes a quem se atribua a autoria de atos infracionais. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (Org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. (Org). Rio Grande do Sul: Notadez, 2006. p. 266.

eficaz e suficiente como maneira de reverter um agir equivocado e prevenir reincidência. Ademais, a experiência com um processo que perdure por prazo indeterminado poderá servir de motivo de estigmatização do adolescente perante sua família e seu meio social.

Por outro lado, em atos infracionais de maior repercussão social, em que se verifique a necessidade de internação provisória, o fato de receber o adolescente a notícia diretamente do magistrado, a quem teve a oportunidade de apresentar sua versão, transmite-lhe a idéia de que a medida sócio-educativa não busca apenas puni-lo, mas principalmente reeducá-lo, de modo que, embora não se afaste a tristeza, rebeldia e inconformismo do momento da privação de liberdade, ao menos, tornam-na mais aceitável, na medida em que exercida de forma diversa daquela que normalmente ocorre com uso de força.

Em que pesem tais benesses, muitas críticas são desferidas contra a Justiça Instantânea. A primeira delas consiste no receio de que a agilidade no atendimento inicial possa cercear e vulnerar direitos, como o processo da defesa, a apresentação de testemunhas, etc., com o que se estaria mitigando um exercício de cidadania, de coleta suficiente de prova e de um maior formalismo.

Cumpra-se, por oportuno, fazer referência a Aury Lopes Jr., quando salienta que se vive em uma sociedade acelerada, onde a informação é transmitida em tempo real pela Internet e onde a imagem televisionada passa a ser fonte de lucros. O autor defende que existe um *tempo do direito* que está completamente desvinculado do *tempo da sociedade* e que o Direito jamais será capaz de dar *soluções à velocidade da luz*. São suas as seguintes palavras:

estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não pode esperar, pois está acostumada ao instantâneo).¹⁵⁵

Forçoso seria encontrar um equilíbrio entre o tempo mínimo do processo e seu tempo máximo, uma vez que um processo não pode perdurar por longo período, sob pena de se transformar, ele mesmo, em uma pena. E com relação a uma duração razoável do processo, vale citar novamente o autor gaúcho:

Entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o réu, aquele submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de dependência. O processo deve ser mais célere para evitar o sofrimento desnecessário de quem a ele está submetido. É uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu.¹⁵⁶

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. **(Des)Velando o risco e o tempo no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 33-34.

Outra crítica comum ao funcionamento da Justiça Instantânea consiste na impossibilidade de maturação do ato infracional praticado pelo adolescente, por entenderem que a celeridade, que é peculiar a este modelo, acaba por subtrair a experiência vivenciada pelo delito, como uma possibilidade de saber e de experimentar que os atos praticados contra outras pessoas têm conseqüências, algumas delas, drásticas e penosas, e, com isso, o adolescente deixa de aprender e enfrentar seus atos.

A esse respeito, assinalam Daniel Achutti e Marco Antônio Scapini¹⁵⁷ que inicialmente, concebida para evitar o sofrimento demasiado do adolescente, a Justiça Instantânea acabou por perder seu traço pioneiro e emancipador, tornando-se um espaço onde se ganha em velocidade, mas se perde em outros aspectos como o cunho reeducador desse novo modelo.

Para finalizar, inobstante tais considerações, é imperioso destacar que a Justiça Instantânea é digna de elogios, tendo em vista a eficácia e eficiência de ação na área infracional. A ação desenvolvida é fruto da iniciativa e desprendimento de pessoas que não hesitaram em contestar conceitos antigos e, exatamente, por não se tratar de um projeto fechado, deve buscar sempre se aperfeiçoar no intuito de viabilizar, para aqueles adolescentes que transgredirem as regras, a possibilidade e o interesse na mudança, pois isso será bom não só para ele, mas para todo o conjunto.

5 CONCLUSÃO

¹⁵⁷ ACHUTTI, Daniel; SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. O Projeto Justiça Instantânea e a antecipação do poder de punir: análise crítica a partir do garantismo penal. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. (Org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Rio Grande do Sul: Notadez, 2006. p. 278.

É mister ressaltar, desde já, que não foi pretensão desta dissertação esgotar o tema exposto. Antes, é uma tentativa de contribuir para uma leitura reflexiva sobre a gênese, a crise, a informalização e as perspectivas, no que se refere aos modelos de justiça consensual, do processo penal.

Inspirado na legislação processual penal italiana, produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. Este Código, elaborado, portanto, sob a égide e os influxos autoritários do Estado Novo, decididamente não é, como já não era à época, um estatuto moderno, condizente com as reais necessidades da Justiça Criminal brasileira. Em que pesem, algumas alterações pontuais, seja no próprio texto consolidado, seja por intermédio de leis esparsas, nada mais foi feito para modernizar o diploma processual penal nacional, mesmo após a nova ordem constitucional consagrada pela promulgação da Carta Política de 1988.

Assim, o atual código continua com os vícios de vários anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório, o devido processo legal, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado, olvidando-se da vítima, refém de um excessivo formalismo, assistemático e confuso em alguns dos seus títulos e capítulos.

Destarte, é cogente que a práxis jurídica esteja impregnada do propósito de realização de uma ordem legal justa, sendo necessário para isso o respeito e cumprimento do que prescreve a Constituição, repositório de promoção da dignidade humana e do bem-estar social.

Urge como necessária uma abertura das ciências criminais à transdisciplinariedade, proporcionando a constituição de um novo modelo de ciências criminais, cuja perspectiva integrada torne-se viável. Entretanto, faz-se relevante salientar que esse redimensionamento das ciências criminais e sua abertura a diferentes formas de conhecimento deve ser orientado a uma finalidade eminentemente prática, a saber: servir de estratégia à contenção do poder punitivo. Não ficando restrita ao discurso acadêmico, mas sim desenvolvendo um novo olhar, capaz de pautar a práxis judicial.

Dada a sensação geral de capitulação do aparelho de Estado diante dos elevados índices de violência e brutalidade, impõe-se a adoção de medidas emergenciais no conjunto de estratégias para impedir o descrédito da autoridade e o enfrentamento da crise de segurança. Nesse contexto, tem sido recorrente, nas sociedades pós-industriais, a pregação punitiva, mediante o agravamento das penas e leis mais rígidas. Esse fenômeno revela a

expansão do movimento de lei e ordem, gerado pela deterioração em nível mundial do cenário urbano.

Verifica-se, no caso, a malversação dos instrumentos legislativos da criminalização e da penalização, pela qual as instituições públicas repressivas acabam alterando os mecanismos de controle e prevenção de delitos, seja agravando as penas, seja liberando o processo de persecução criminal das garantias investigatórias e processuais incluídas na pauta constitucional dos direitos fundamentais humanos, comprometendo drasticamente as liberdades civis. O capítulo final dessa barbarização é o cárcere, onde o indivíduo é despido das últimas reservas da personalidade e laços sociais.

No âmbito do sistema formal de controle social, ou seja, o sistema penal, as reformas institucionais que daí decorrem são apresentadas como tentativas de dar conta do aumento das taxas de criminalidade violenta, do crescimento geométrico da criminalidade organizada e do sentimento de insegurança que se verifica nos grandes aglomerados urbanos. A pressão da opinião pública, amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta no sentido de uma ampliação do âmbito de incidência do controle penal, tendo como paradigma preferencial a chamada política de tolerância zero, cuja doutrina é o instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda, alimentando desse jeito um sentimento difuso de insegurança ou mesmo simplesmente de tenaz incômodo.

Importa salientar, contudo, que a aplicação irrestrita da pena de prisão, quando aplicada genericamente a crimes de maior e menor potencial lesivo, não reduz a criminalidade, ao contrário, só intensifica o drama carcerário, permitindo a convivência forçada de pessoas de caráter e personalidade diferentes. Em outro plano, a imposição da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária de gravíssimas conseqüências.

É, pois, crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal. Ela, ao revés, é recurso extremo com que conta o Estado para defender o grupo social das condutas antijurídicas de alguns indivíduos.

Na pós-modernidade, com a auto-exaltação desmensurada da individualidade, a impossibilidade de se descentrar de si implica a impossibilidade de enxergar o outro. É, neste contexto, onde o lobo do homem hobbesiano hegemôniza o mundo globalizado, que surgem, paradoxalmente, novas formas de resolução de conflitos, incentivadas inclusive por documentos internacionais, trazendo possibilidade de reinvenção do sujeito e do mundo, até então silenciadas.

O papel do Direito, em sociedades marcadas pelo traço da desigualdade, deve ser de transformação. Daí a necessidade de desafiar o próprio tempo, sob pena de permanecer preso ao passado bolorento da reprodução de situações que insistem em desdizer os valores albergados na Constituição.

Nesse sentido, com sede constitucional, os Juizados Especiais foram criados legalmente em 1995 e sua implantação tem se disseminado pelo país. Esse movimento faz parte de uma política mais geral de adoção de instrumentos de justiça consensual como meio de ampliar o acesso à justiça.

Recuperando os aspectos históricos estudados, o sistema jurídico penal brasileiro formou-se, durante o século XIX, com a combinação de reformas liberais do direito penal e do processo penal com os modelos e práticas institucionais do antigo regime. Frente a esse panorama, os Juizados Especiais Criminais se consubstanciaram em verdadeira ruptura, organizando-se a partir de princípios que promovem a ampliação do acesso à justiça, com ênfase na conciliação das partes e a busca, sempre que possível, da reparação dos prejuízos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Abrem, pois, a possibilidade de uma maior proximidade entre os profissionais do sistema judicial e os conflitos sociais e ainda iluminam caminho para novos modos de resolução de conflitos alternativos como as Justiças Restaurativa, Terapêutica e Instantânea.

No entanto, os modelos de justiça consensual não são uma unanimidade no cenário jurídico brasileiro, sendo assim, afastou-se do discurso otimista dos reformadores, mas, ao mesmo tempo, não adotou a outra face desse discurso, ou seja, um argumento redutor, baseado em uma crítica funcionalista ao Direito das sociedades capitalistas, que deixa de lado a análise dos espaços de ação e de conflito, a exploração da polivalência e dos paradoxos das práticas e dos discursos. Logo, não foi adotada uma postura unilateral, posto que esta pesquisa não foi usada como instrumento de julgamento ou de formulações definitivas de verdades. Ao contrário, almejou-se elaborar um estudo consistente com mostras do tema, sob vários prismas.

Averiguou-se que o método típico para redução do congestionamento da justiça é a canalização de determinadas causas para processos mais baratos e rápidos. A adoção da perspectiva da excessiva preocupação com a celeridade da justiça, junto com a demanda impressionante de processos judiciais, acaba por solapar, muitas vezes, a possibilidade de que as audiências sirvam como um momento para o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito. Então, deve-se tomar cuidado para que também os modelos novos de solução de conflitos se deteriorem e encontrem a crise.

Malgrado exista uma multiplicidade de justificativas para as experiências de informalização da justiça, em geral, os defensores desses novos modelos de resolução de conflitos pretendem promover um novo modelo de justiça, que permita à comunidade reapropriar-se da gestão dos conflitos, com a intervenção de não profissionais. Estes movimentos desenvolvem sobretudo experiências de mediação em matéria penal, de vizinhança e mesmo escolar e de família, com a formação de mediadores pertencentes a distintas profissões ou comunidades.

O problema é que as mudanças sociais, ocorridas durante o século XX, foram gradualmente enfraquecendo os mecanismos de controle comunitário sobre os comportamentos, exacerbando determinados focos de conflito antes abafados por hierarquias tradicionais de poder. Com o debilitamento dos controles sociais informais, o crescente sentimento social de desordem ampliou a demanda para que o Estado restaurasse a ordem mesmo em domínios familiares e de vizinhança. Para assegurar a consistência das expectativas normativas existentes na sociedade, o sistema penal passa a ter de responder a uma demanda crescente por resolução de conflitos privados.

Sob as novas perspectivas do processo penal, foram analisados criticamente os novos modelos de Justiça Criminal. A Justiça Restaurativa, cuja essência é a resolução de problemas de forma colaborativa, proporciona àqueles que foram prejudicados por um incidente a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar um novo acontecimento. O engajamento cooperativo é elemento indispensável das práticas restaurativas. Trata-se, enfim, de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos.

Um retorno da vítima ao processo penal poderia significar, na visão de alguns, um retrocesso, um retorno à vingança privada, mas pode ser lido também como um reconhecimento à existência da vítima, uma transformação da vítima-objeto em vítima-sujeito, outorgando-a um lugar de fala e possibilitando que o processo penal sequer venha a ser iniciado se houver composição entre os envolvidos. Portanto, a busca não é pela privatização, mas garantir e tutelar os direitos da vítima.

Um sistema que ao reagir à injustiça deixa de atender às necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade, afora não reparar o dano, não levar à real responsabilização e, quase que invariavelmente, aprofundar as feridas sociais acaba por retroalimentar a violência, não produzindo justiça, mas se prestando a ser tão-somente instrumento de retaliação.

Impende alertar que a adoção do modelo restaurativo implica em uma significativa transformação nas instituições e agentes, uma vez que o sistema convencional ostenta fortes princípios basilares como repressão e punição, enquanto o contexto restaurativo só pode ser vislumbrado com um novo olhar sobre o sistema punitivo. Para ser real e possível, a Justiça Restaurativa deve ser sentida por todos os níveis e integrantes do sistema, inclusive pela própria população, que deve ter consciência de seu novo papel e de sua gama de opções restaurativas.

Já a Justiça Terapêutica se cristaliza na possibilidade do Poder Judiciário de contribuir para o enfrentamento dos problemas sociais causados pela droga, dentro dos parâmetros possíveis ao cumprimento das medidas sociais de tratamentos terapêuticos. O objetivo promover o bem-estar físico e mental do agente, através de acompanhamento e tratamento biopsicossocial mediante sua aceitação, bem como conscientizar a sociedade, em geral, para o direito à cidadania. Trata-se, enfim, de um instrumento judicial para evitar a imposição de penas privativas de liberdade, deslocando o foco da punição pura e simples para a recuperação do agente.

A Justiça Instantânea, por sua vez, objetiva a celeridade dos procedimentos iniciais de apresentação de adolescentes em conflito com a lei, apreendidos em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária. Com o intuito de propiciar uma resposta imediata aos adolescentes acusados da prática de atos infracionais, a Justiça Instantânea se alicerça no artigo 88, V do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo diretriz da política de atendimento ao adolescente a operação integrada do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Segurança Pública e da Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, de forma a se realizar um atendimento inicial de maneira ágil. Muitas críticas, todavia, são lançadas contra a Justiça Instantânea, sendo a maioria relacionada à fragilização do adolescente frente ao descumprimento de ordens constitucionais processuais.

Enfim, diante de todo o exposto, assinala-se que significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos. Neste momento, é corolário pensar que na aplicação dos institutos processuais penais não se deve ignorar absolutamente o passado, mas sim interpretá-lo aos olhos do presente na certeza de se construir uma solução para um futuro já próximo.

A pacificação do conflito social, em uma sociedade democrática, não pode enveredar por soluções de mera radicalização dos delitos e das penas. Deve, sim, enveredar pelo trabalho coletivo e pela articulação das virtualidades da cidadania.

A tendência hoje, cada vez mais, está voltada para o aumento das alternativas ao modelo penal tradicional que, depois de lapso temporal considerável de aplicação, não logrou alcançar resultados positivos no que se refere à contenção da criminalidade.

REFERÊNCIAS

ABALOS, Raúl Washington. **Derecho procesal penal. Tomo I. Cuestiones fundamentales.** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993.

ACHUTTI, Daniel. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea:** uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal. 2006. 126 f. Tese (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006.

AMARAL, Cláudio do Prado de. **Despenalização pela reparação de danos:** a terceira via. São Paulo: J H Mizuno, 2005.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: **Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal.** Coimbra: Almedina. p. 334.

ANIYAR, Lolita. **Democracia y justicia penal.** Caracas: Ed. Del Congreso da La República, 1992.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais.** Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023:** informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024:** informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 10520:** informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da Justiça e Controle Social.** São Paulo: IBCCrim, 2000.

_____. **Informalização da justiça e controle social:** estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

_____. **Juizados Especiais Criminais:** uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. In Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 47, 2001.

_____; CARVALHO, Salo de. (Org.). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Rio Grande do Sul: Notadez, 2006.

BARDOU, Luiz Achylles Petiz; FREITAS, Carmem Có. **Justiça Terapêutica: a problemática das drogas**. Disponível em: <www.anjt.org.br/artigos> Acesso em: 01 jun. 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – Causas e alternativas**. São Paulo: Ed. RT, 1993.

_____. **Manual de direito penal**. São Paulo : Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Yussef Said Cahali (Org.). 9. ed. atual. até 10/01/2007. São Paulo: RT, 2007 (Coleção Mini Códigos da RT).

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=230723>>. Acesso em: 21 jan. 2008.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=102343>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

_____. **Lei 9.099/95, parte referente aos Juizados Especiais Criminais** – Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=102466>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

BRUTTI, Roger Spode. A gênese da Criminalidade. In **Revista de Direito Processual Penal**. São Paulo: IOB Thomson , n. 38, jun-jul/2006.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais comentada e anotada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. Criminología y Transdisciplinaridad. In: **Cuadernos de Política Criminal**, v. 91, p. 125-148, 2007.

_____; WUNDERLICH, Alexandre (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.

_____. **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CATÃO, Érika Soares. **A pena privativa de liberdade sob o enfoque de suas finalidades e a visão do sistema punitivo pela comunidade discente da UEPB**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1026, 23 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8284>>. Acesso em: 27 maio 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **O habeas corpus na pena de multa**. Saraiva, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de Direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

FERNANDES, Márcio Mothé. **Justiça Terapêutica Para Usuários de Drogas**. Disponível em: <www.mj.gov.br/depen/pdf> Acesso em: 03 jun. 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Carmem Có. **Dependência Química: do tratamento não voluntário ao voluntário**. Disponível em: <www.anjt.org.br/artigos> Acesso em: 03 jun. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT, 2000

_____. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10051>>. Acesso em: 05 maio 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOULART, Henny. **Penologia I**. 1. ed. São Paulo : Editora Brasileira de Direito, 1975.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal; estudos e pareceres**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

JESUS, Damásio Evangelista de. **O novo sistema penal**. São Paulo : Saraiva, 1977.

_____. **Penas Alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KLEIN, Melanie. **Vida emocional dos civilizados**. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Malleus maleficarum. Tradução Paulo Frós. 4. ed., Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. v. 1 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIMA, Roberto Kant de. **A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

LOPES JÚNIOR., Aury. **(Des)Velando o risco e o tempo no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LYRA, Roberto. **Expressão mais simples do direito penal**. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976.

MALUF, Sahid. **Curso de direito constitucional**. Bauru: Tipografias e Livrarias Brasil, 1956.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito procesual penal**. v. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

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

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. ver. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PAIXÃO, A. L. **Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso**. São Paulo: Cortez, 1987. p. 45-47.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal**: evolução histórica e fontes legislativas. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Breves anotações ao instituto da transação penal**. São Paulo: RT, v. 87, n. 758, dez. 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, vol. 1: parte geral: arts. 1º a 120, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROMEIRO, José Alberto. **Da ação penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução Ana Paula dos Santos, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Vega Universidade: 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna**: Para um novo senso comum. Humanidades, v. 7, n. 3, Ed. UNB, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. In **Discursos sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, n. 12, 2002.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica**: manual dos cursos de direito. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TORRES, Andrea Almeida. **Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da ressocialização**. In: Revista de Estudos Criminais. n. 26. jul-set/2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 20 ed. rev., modificada e ampl., São Paulo: Saraiva, 1998.

WACQUANT, L. **A aberração carcerária à moda francesa**. In Revista de Ciências Sociais. vol. 47, n. 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva**. 2. ed., 10. reimpressão. Tradução José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eduardo García Máynez, Eugenio Ímaz e José F. Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: tomo I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXOS

ANEXO A – Lei 9.099/95, parte referente aos Juizados Especiais Criminais – disponível em [≤http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=102466>](http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=102466). Acesso em: 10 abr. 2008.

ANEXO B – Quadros de análise comparativa entre justiça retributiva e justiça restaurativa sob certos aspectos – Acessados em: 20 abr. 2008 através do endereço: <http://www.idcb.org.br/documentos/artigos3001/art_justicarestau.doc>. Acesso em: 05 jun. 2008

ANEXO C – Resolução n° 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU – *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. Disponível em <<http://www.pficjr.org/programs/un/ecosocresolution>>. Acesso em 08 jun. 2008.

ANEXO D – Projeto de lei 7006/2006. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=323785>. Acesso em 10 jun. 2008.

ANEXO A

LEI 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais (do artigo 61 ao 92)

Capítulo III

Dos Juizados Especiais Criminais

Disposições Gerais

~~Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. (Vide Lei nº 10.259, de 2001)~~

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

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. (Incluído pela Lei nº 11.313, de 2006)

~~Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, executados os casos em que a lei preveja procedimento especial. (Vide Lei nº 10.259, de 2001)~~

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006)

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

Seção I

Da Competência e dos Atos Processuais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção II

Da Fase Preliminar

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

~~Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.~~

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002)

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

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

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Seção III

Do Procedimento Sumaríssimo

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

§ 1º Se o acusado não estiver presente, será citado na forma dos arts. 66 e 68 desta Lei e cientificado da data da audiência de instrução e julgamento, devendo a ela trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação, no mínimo cinco dias antes de sua realização.

§ 2º Não estando presentes o ofendido e o responsável civil, serão intimados nos termos do art. 67 desta Lei para comparecerem à audiência de instrução e julgamento.

§ 3º As testemunhas arroladas serão intimadas na forma prevista no art. 67 desta Lei.

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.

Art. 80. Nenhum ato será adiado, determinando o Juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.

§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença.

§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Art. 82. Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 1º A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 2º O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

§ 3º As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 65 desta Lei.

§ 4º As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa.

§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Art. 83. Caberão embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

§ 2º Quando opostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para o recurso.

§ 3º Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Seção IV

Da Execução

Art. 84. Aplicada exclusivamente pena de multa, seu cumprimento far-se-á mediante pagamento na Secretaria do Juizado.

Parágrafo único. Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a punibilidade, determinando que a condenação não fique constando dos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial.

Art. 85. Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.

Art. 86. A execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, ou de multa cumulada com estas, será processada perante o órgão competente, nos termos da lei.

Seção V

Das Despesas Processuais

Art. 87. Nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (arts. 74 e 76, § 4º), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual.

Seção VI

Disposições Finais

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada. (Vide ADIN nº 1.719-9)

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999)

Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

Capítulo IV

Disposições Finais Comuns

Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência.

Art. 94. Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.

Art. 95. Os Estados, Distrito Federal e Territórios criarão e instalarão os Juizados Especiais no prazo de seis meses, a contar da vigência desta Lei.

Art. 96. Esta Lei entra em vigor no prazo de sessenta dias após a sua publicação.

Art. 97. Ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.

Brasília, 26 de setembro de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 27.9.1995

ANEXO B**VALORES**

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito estritamente jurídico de Crime – Violação da Lei Penal - ato contra a sociedade representada pelo Estado	Conceito amplo de Crime – Ato que afeta a vítima, o próprio autor e a comunidade causando-lhe uma variedade de danos
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa
Culpabilidade Individual voltada para o passado - Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados - desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

PROCEDIMENTOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Ritual Solene e Público	Ritual informal e comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da Ação Penal	Princípio da Oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias.	Procedimento informal com confidencialidade
Atores principais - autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – vítimas, infratores, pessoas da Comunidade, ONGs.
Processo Decisório a cargo de autoridades (Policial, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito - Unidimensionalidade	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – Multi-dimensionalidade

RESULTADOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção Geral e Especial - Foco no infrator para intimidar e punir	Abordagem do Crime e suas Conseqüências - Foco nas relações entre as partes, para restaurar
Estigmatização e Discriminação Penas privativas de liberdade com carcerização desumana, cruel e degradante ou Penas restritivas de direitos e multa ineficazes ou absolvições baseadas no princípio da insignificância que realimentam o conflito.	Pedido de Desculpas, Reparação, restituição, prestação de serviços comunitários Reparação do trauma moral e dos Prejuízos emocionais – Restauração e Inclusão
Tutela Penal de Bens e Interesses, com a Punição do Infrator e Proteção da Sociedade	Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator
Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno – ou – penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo
Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização Secundária	Reintegração do Infrator e da Vítima Prioritárias
Paz Social com Tensão	Paz Social com Dignidade

EFEITOS PARA A VÍTIMA

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
----------------------------	-----------------------------

<p>Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa.</p>	<p>Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa.</p>
<p>Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado</p>	<p>Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação</p>
<p>Frustração e Ressentimento com o sistema</p>	<p>Tem ganhos positivos. Suprem-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade</p>

EFEITOS PARA O INFRATOR

<p>JUSTIÇA RETRIBUTIVA</p>	<p>JUSTIÇA RESTAURATIVA</p>
-----------------------------------	------------------------------------

Infrator considerado em suas faltas e sua má-formação	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e conseqüências do delito
Raramente tem participação	Participa ativa e diretamente
Comunica-se com o sistema por Advogado	Interage com a vítima e com a comunidade
É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima	Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima
É desinformado e alienado sobre os fatos processuais	É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato	É inteirado das conseqüências do fato para a vítima e comunidade
Fica intocável	Fica acessível e se vê envolvido no processo
Não tem suas necessidades consideradas	Supre-se suas necessidades

ANEXO C

United Nations

Economic and Social Council Distr.: General

13 August 2002

Original: English

Resolutions and decisions adopted by the Economic and Social Council at its substantive session of 2002 (1-26 July 2002)

Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters The Economic and Social Council,

Recalling its resolution 1999/26 of 28 July 1999, entitled “Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice”, in which the Council requested the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to consider the desirability of formulating United Nations standards in the field of mediation and restorative justice,

Recalling also its resolution 2000/14 of 27 July 2000, entitled “Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters”, in which it requested the Secretary-General to seek comments from Member States and relevant intergovernmental and non-governmental organizations, as well as institutes of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme network, on the desirability and the means of establishing common principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, including the advisability of developing a new instrument for that purpose,

Taking into account the existing international commitments with respect to victims, in particular the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power,

Noting the discussions on restorative justice during the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, under the agenda item entitled “Offenders and victims: accountability and fairness in the justice process”,

Taking note of General Assembly resolution 56/261 of 31 January 2002, entitled “Plans of action for the implementation of the Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century”, in particular the action on restorative

justice in order to follow up the commitments undertaken in paragraph 28 of the Vienna Declaration,

Noting with appreciation the work of the Group of Experts on Restorative Justice at their meeting held in Ottawa from 29 October to 1 November 2001,

Taking note of the report of the Secretary-General on restorative justice and the report of the Group of Experts on Restorative Justice,

1. Takes note of the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters annexed to the present resolution;

2. Encourages Member States to draw on the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters in the development and operation of restorative justice programmes;

3. Requests the Secretary-General to ensure the widest possible dissemination of the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters among Member States, the institutes of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme network and other international, regional and non-governmental organizations;

4. Calls upon Member States that have adopted restorative justice practices to make information about those practices available to other States upon request;

5. Also calls upon Member States to assist one another in the development and implementation of research, training or other programmes, as well as activities to stimulate discussion and the exchange of experience on restorative justice;

6. Further calls upon Member States to consider, through voluntary contributions, the provision of technical assistance to developing countries and countries with economies in transition, on request, to assist them in the development of restorative justice programmes.

Annex

Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters

Preamble

Recalling that there has been, worldwide, a significant growth of restorative justice initiatives,

Recognizing that those initiatives often draw upon traditional and indigenous forms of justice which view crime as fundamentally harmful to people,

Emphasizing that restorative justice is an evolving response to crime that respects the dignity and equality of each person, builds understanding, and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities,

Stressing that this approach enables those affected by crime to share openly their feelings and experiences, and aims at addressing their needs,

Aware that this approach provides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community well-being and to prevent crime,

Noting that restorative justice gives rise to a range of measures that are flexible in their adaptation to established criminal justice systems and that complement those systems, taking into account legal, social and cultural circumstances,

Recognizing that the use of restorative justice does not prejudice the right of States to prosecute alleged offenders,

I. Use of terms

1. “Restorative justice programme” means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes.

2. “Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.

3. “Restorative outcome” means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender.

4. “Parties” means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process.

5. “Facilitator” means a person whose role is to facilitate, in a fair and impartial manner, the participation of the parties in a restorative process.

II. Use of restorative justice programmes 6. Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law.

7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations.

8. The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings.

9. Disparities leading to power imbalances, as well as cultural differences among the parties, should be taken into consideration in referring a case to, and in conducting, a restorative process.

10. The safety of the parties shall be considered in referring any case to, and in conducting, a restorative process.

11. Where restorative processes are not suitable or possible, the case should be referred to the criminal justice authorities and a decision should be taken as to how to proceed without delay. In such cases, criminal justice officials should endeavour to encourage the offender to take responsibility vis-à-vis the victim and affected communities, and support the reintegration of the victim and the offender into the community.

III. Operation of restorative justice programmes

12. Member States should consider establishing guidelines and standards, with legislative authority when necessary, that govern the use of restorative justice programmes. Such guidelines and standards should respect the basic principles set forth in the present instrument and should address, inter alia:

- (a) The conditions for the referral of cases to restorative justice programmes;
- (b) The handling of cases following a restorative process;
- (c) The qualifications, training and assessment of facilitators;
- (d) The administration of restorative justice programmes;
- (e) Standards of competence and rules of conduct governing the operation of restorative justice programmes.

13. Fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness to the offender and the victim should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes:

(a) Subject to national law, the victim and the offender should have the right to consult with legal counsel concerning the restorative process and, where necessary, to translation and/or interpretation. Minors should, in addition, have the right to the assistance of a parent or guardian;

(b) Before agreeing to participate in restorative processes, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the process and the possible consequences of their decision;

(c) Neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes.

14. Discussions in restorative processes that are not conducted in public should be confidential, and should not be disclosed subsequently, except with the agreement of the parties or as required by national law.

15. The results of agreements arising out of restorative justice programmes should, where appropriate, be judicially supervised or incorporated into judicial decisions or judgements. Where that occurs, the outcome should have the same status as any other judicial decision or judgement and should preclude prosecution in respect of the same facts.

16. Where no agreement is reached among the parties, the case should be referred back to the established criminal justice process and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Failure to reach an agreement alone shall not be used in subsequent criminal justice proceedings.

17. Failure to implement an agreement made in the course of a restorative process should be referred back to the restorative programme or, where required by national law, to the established criminal justice process and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Failure to implement an agreement, other than a judicial decision or judgement, should not be used as justification for a more severe sentence in subsequent criminal justice proceedings.

18. Facilitators should perform their duties in an impartial manner, with due respect to the dignity of the parties. In that capacity, facilitators should ensure that the parties act with respect towards each other and enable the parties to find a relevant solution among themselves.

19. Facilitators shall possess a good understanding of local cultures and communities and, where appropriate, receive initial training before taking up facilitation duties.

IV. Continuing development of restorative justice programmes

20. Member States should consider the formulation of national strategies and policies aimed at the development of restorative justice and at the promotion of a culture favourable to the use of restorative justice among law enforcement, judicial and social authorities, as well as local communities.

21. There should be regular consultation between criminal justice authorities and administrators of restorative justice programmes to develop a common understanding and enhance the effectiveness of restorative processes and outcomes, to increase the extent to which restorative programmes are used, and to explore ways in which restorative approaches might be incorporated into criminal justice practices.

22. Member States, in cooperation with civil society where appropriate, should promote research on and evaluation of restorative justice programmes to assess the extent to which they result in restorative outcomes, serve as a complement or alternative to the criminal justice process and provide positive outcomes for all parties. Restorative justice processes may need to undergo change in concrete form over time. Member States should therefore encourage regular evaluation and modification of such programmes. The results of research and evaluation should guide further policy and programme development.

V. Saving clause

23. Nothing in these basic principles shall affect any rights of an offender or a victim which are established in national law or applicable international law.

ANEXO D

CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI

Nº 7006, DE 2006

(Da Comissão de Legislação Participativa)

SUG nº 099/2005

Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3º - O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6º - O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1º. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

§ 2º. - À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3º – Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7º – Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

- a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;
- b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente;
- c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º – O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé. ,

Parágrafo Único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16 - Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII

DO PROCESSO RESTAURATIVO

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 557 – Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558 - O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559 - Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do

acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 - O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 -O acordo estaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender

Art. 17 - Fica alterado o artigo 62 , da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18 – É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19 – É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20 – Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2006.

Deputado GERALDO THADEU

Presidente