

CULTURA CONSENSUAL? EXAME DA TRANSAÇÃO PENAL NA BAIXADA FLUMINENSE¹

Vera Ribeiro de Almeida²

Mestrando em Direito - Universidade Gama Filho - RJ

RESUMO: A partir da análise de documentos que registram o procedimento denominado “transação penal”, destinado à aplicação antecipada das penas às infrações de menor potencial ofensivo nos juizados especiais criminais do Rio de Janeiro, buscou-se comparar o discurso teórico-jurídico e a prática forense, levando em consideração a afirmação segundo a qual a validade do Estado democrático de direito se traduz na efetividade dos princípios constitucionais, entre eles o da anterioridade da pena e o da legalidade da pena, considerados como direitos fundamentais. A clássica garantia dos direitos fundamentais é vista neste artigo sob a ótica da limitação ou restrição ao exercício do poder do Estado sobre as pessoas, de tal forma que se prestigia o papel da legalidade da pena, exatamente porque a compreensão acerca de sua principal função é a de instrumento de tutela estatal das liberdades e garantias do jurisdicionado. A análise empregou e inter-relacionou referenciais teóricos do Direito, da Sociologia e da Antropologia.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias jurisdicionais. Anterioridade da pena. Legalidade da pena. Transação penal. Direitos fundamentais.

1 Introdução: o objeto, o método e o fim

Este artigo é parte da dissertação em mestrado em desenvolvimento junto ao curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, da área de concentração “Direito, Estado e Cidadania” e da linha de pesquisa “Direito, Constituição e Cidadania”, cujo programa objetiva a análise das interações entre os poderes do Estado, seu ordenamento jurídico e as funções exercidas por esses poderes para assegurar a vigência da cidadania, na forma expressa pela Constituição Federal de 1988, como um dos sustentáculos do Estado democrático de direito, sob o regime republicano. Procura-se por este texto identificar aspectos do Estado brasileiro e sua concretização sobre a cidadania dos nacionais, notadamente na observação das categorias³ *direitos fundamentais* e *garantias constitucionais*, enquanto arcações teóricas da “garantia dos jurisdicionados” sobre os quais vão se acoplar os princípios⁴ da legalidade e da anterioridade da pena, determinantes do modelo da justiça penal.

¹ Enviado em 13/8, aprovado em 3/10 e aceito em 25/10/2010.

² E-mail: veraribeiroalmeida@oi.com.br.

³ Do grego “κατηγορία”, “kategoria” (acusação, atributo). É empregada para exprimir as relações que estabelecemos entre ideias ou fatos. São estruturas do pensamento, que mudam conforme o contexto e se referem à qualidade atribuída a um objeto, isto é, ao atributo de um objeto ou de uma realidade (SILVA, 1989, p. 29-53). Segundo Marcel Mauss (2003, p. 397), as faculdades de definir, deduzir, e induzir são traços essenciais da humanidade, variando durante a história na maneira com a qual são empregadas.

⁴ A expressão “princípio” é empregada nas ciências exatas e encontra equivalência no termo “fundamento” utilizado pelas ciências sociais (inclusive nas aplicadas, como no Direito). Assim, fundamentos (ou princípios) são as bases gerais sobre as quais as instituições do Direito são construídas e que, em um determinado momento histórico, informam o conteúdo das normas jurídicas de um Estado. Por razões sistemáticas, adota-se neste estudo o vocábulo “princípio”, tendo em vista sua generalização pela literatura jurídica. Segundo De Plácido e Silva (1982, p. 447), no sentido jurídico princípios, notadamente no plural, “quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.”

A motivação deste estudo ocorreu a partir da análise de dados documentais colhidos em um dos juizados especiais criminais do estado do Rio de Janeiro. Constatou-se uma grande variação nas penas aplicadas aos jurisdicionados, mesmo quando se tratava de infrações penais idênticas, mas o fato mais peculiar foi a introdução de pena não prevista em lei, surgindo daí a necessidade de destacar a dinâmica da escolha, conversão e aplicação das penas nas hipóteses de transações penais, por meio de um levantamento qualitativo das previsões legais e doutrinárias que versam sobre os princípios citados.

Neste exame, o confronto entre o discurso teórico-jurídico e a prática forense orienta-se pelo método crítico-analítico (MARSULO, 2005, p. 13). Para tanto, destacam-se as teses de alguns renomados doutrinadores, em virtude de sua consagração na academia e na jurisprudência pátrias, considerados produtores de um discurso de autoridade, uma vez que são citados nos programas de disciplinas das universidades de Direito, nas sentenças judiciais e nas petições dos advogados (PERELMAN, 1987, p. 256). Já a operacionalização dos princípios baseia-se na análise de propostas de aplicação das penas (transações penais), colhidas aleatoriamente em um dos juizados especiais criminais estaduais do Rio de Janeiro, órgão inserido no sistema jurídico⁵ e integrante da estrutura funcional do Poder Judiciário brasileiro. A ênfase à transação penal justifica-se por este instituto ser tratado como resultado do consenso entre Ministério Público e jurisdicionado e por ser instituto responsável pela aplicação de pena sem a instauração do processo criminal tradicional.⁶

A conjugação desses discursos leva também em conta a afirmação segundo a qual a validade do Estado democrático de direito se traduz na efetividade dos princípios constitucionais, especialmente o da legalidade da pena e o da anterioridade da pena. Esses princípios são empregados como regras-mestras do sistema positivo⁷ (leis constitucionais e infraconstitucionais) e dotados de cunho político, na medida em que afastam a insegurança do direito (as penas estão previamente previstas na lei) e o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça (somente podem ser aplicadas penas permitidas pelo ordenamento jurídico⁸, de acordo com o procedimento legal e

⁵ O sistema jurídico é conceituado “[...] como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição” (TEIXEIRA FREITAS, 1998, p. 50). A definição dos juizados especiais criminais estaduais como subsistemas do sistema jurídico brasileiro pode ser encontrada em Amorim, Kant de Lima e Burgos (2002, p. 43).

⁶ O processo penal no Direito brasileiro afirma-se na garantia constitucional do “devido processo legal”, entendido como corolário do princípio do acesso à justiça, segundo o qual não pode haver punição sem o desenvolvimento regular do processo (que se instaura com o recebimento da denúncia ou queixa e se extingue com o trânsito em julgado da sentença), regra insculpida no artigo 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Com o advento da Lei nº 9.099/95, foi estabelecida a aplicação imediata da pena, sem processo, conforme estabelece o artigo 76: “Havendo representação ou tratando-se de crime de ação 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.”

⁷ O Direito positivo possui diversas significações, dentre as quais se escolhe: “1. O direito estabelecido, criado por uma vontade, por oposição ao direito natural, que não seria criado, mas descoberto; 2. O direito válido em vigor, tenha ele ou não sido criado pela vontade, e 3. O direito eficaz.” (DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO, 2001, p. 265).

⁸ Ordenamento jurídico é, conforme Norberto Bobbio (1994, p. 40), o conjunto de normas (direito codificado) e jurisprudências que compõem e orientam as práticas forenses. O ordenamento jurídico constitui um sistema e, em síntese, é uma unidade sistemática, “sobretudo se o identificarmos como um sistema dinâmico. Sistema dinâmico é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da autoridade que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima”. Atualmente é possível distinguir dois tipos de ordenamentos jurídicos (ou sistemas jurídicos): o da tradição romanística, das nações latinas e germânicas (*civil law*), e o da tradição anglo-americana (*common law*). O Brasil insere-se no rol dos países que adotam a *civil law*.

pela autoridade competente) - em especial, a criminal. Formam o instituto jurídico da cidadania (na exata medida da proteção jurisdicional)⁹ e são pressupostos do modelo do Estado democrático de direito, o qual, por definição, deve garantir a todos um tratamento digno, justo e igualitário.

À primeira vista, o tema relativo aos princípios da legalidade e da anterioridade da pena poderia não apresentar qualquer originalidade ou importância, caso a análise se limitasse ao âmbito exclusivo dos discursos doutrinários e legais. Contudo, o que se pretendeu foi mudar a forma de exame, seguindo as orientações já esposadas - especialmente, a de Zaffaroni, segundo o qual há uma grande variação semântica entre a positivação do princípio da legalidade da pena e sua operacionalização. Para este autor, o discurso jurídico-penal seria racional caso fosse coerente e verdadeiro: “O sistema penal não atua de acordo com a *legalidade* [...] a operacionalidade real do sistema penal seria ‘legal’ se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa o discurso jurídico-penal” (ZAFFARONI, 1984, p. 21).

O corte espacial que define o juizado especial criminal como “campo” teve o fim de verificar a produção do conhecimento que ali se perfaz por meio de ritos que compreendem a prestação jurisdicional. Segundo Bourdieu, o campo jurídico é um campo de disputa de poder, enquanto segmento da vida social diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas que devem ser adotadas, assim como a forma mais adequada de interpretação dessas mesmas normas. Constitui-se, dessa forma, campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica (1989, p. 209-255).

A análise também emprega o método comparativo por contraste, ao estudar o sistema judicial norte-americano, frequentemente invocado para fundamentar a adequação do procedimento da transação penal em nossa tradição. Tal análise é importante, na medida em que permite observar aspectos vinculados à importação de modelos procedimentais fundados em instituições culturais díspares, que também resultam em consequências desiguais para além de sua variação semântica.

O tema é relevante, pois destaca a função social dos juzizados criminais estaduais como órgãos pacificadores dos conflitos sociais, onde este procedimento de barganha (a transação penal) se destaca. Por outro lado, o estudo dos significados e alcances dos princípios da legalidade da pena e da anterioridade da pena segundo a lei e a doutrina jurídica brasileiras - cotejados com alguns exemplos práticos e sua inter-relação - segue a orientação das obras que apontam a dificuldade de concretude da cidadania brasileira, face às desigualdades no tratamento jurídico dos conflitos sociais e à ofensa aos direitos fundamentais, inconcebível no modelo republicano.¹⁰

Além disso, a importância deste estudo revela-se por sua inserção na recente proposta do Conselho Nacional de Justiça (2010), que lançou este ano o programa

⁹ O acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - pressupõe a possibilidade de todos, indistintamente, poderem pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. Contudo, a cidadania deve compreender também a aplicação de uma justiça eficaz, no sentido de garantidora dos direitos humanos. Este conceito será dissertado no item seguinte.

¹⁰ São exemplos, entre outros: Kant de Lima; Amorim e Burgos (2001, p. 79-111), Burgos (2001) e Werneck Vianna (1999).

CNJ Acadêmico, de apoio à pesquisa jurídica, em conjunto com a Capes. Entre as áreas temáticas de interesse do órgão, está “O Sistema de Justiça Criminal no Brasil: Seus Problemas e Desafios”.

2 Garantias fundamentais e garantias jurisdicionais

As garantias constitucionais (ou fundamentais) são conceituadas, *strictu sensu*, como proteção e segurança oferecida pelo Estado aos detentores de determinados direitos individuais contra abusos do poder do próprio Estado (CRETTELA JÚNIOR, 1974, p. 219).

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, segundo alguns autores, remonta a Rui Barbosa, ao separar, de um lado, as disposições meramente declaratórias como as que registram na lei os direitos reconhecidos, e, de outro, as disposições assecuratórias, como as empregadas na defesa dos direitos, que limitam o poder estatal e dos demais indivíduos. Desse modo, as primeiras instituiriam os direitos, e as segundas os protegeriam, como afirma Tavares (2007, p. 790).

Entre as garantias fundamentais, o enfoque circunscreve-se ao exame da categoria denominada *garantia jurisdicional*, sendo esta entendida não apenas como a garantia de acesso à justiça, ou a disponibilidade dos remédios constitucionais de defesa,¹¹ mas, conseqüentemente, o direito a uma prestação jurisdicional justa, equitativa e eficaz. É garantia constitucional na medida em que, por intermédio dela, se assegura a proteção dos direitos fundamentais.

O sistema brasileiro caracteriza-se pela quase absoluta predominância da estrutura judiciária. Tal fato decorre naturalmente do princípio da judicialidade (*judicial control*) ou judicialista, com base no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Corolário deste princípio, o devido processo legal, previsto nos incisos LIV e LV, do mesmo artigo 5º, assegura que: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (NOGUEIRA, 2003, p. 472).

Na área penal, especialmente, o devido processo legal constitui proteção assegurada ao acusado, assentado nas seguintes garantias constitucionais: acesso à justiça penal; não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; impossibilidade de a lei restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando destinada à defesa da intimidade da vítima ou ao interesse social; tratamento paritário dos sujeitos envolvidos no processo; plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado,

¹¹ Entre os comumente empregados no processo penal, cita-se o mandado de segurança que está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXIX, com a seguinte redação: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A Lei nº 12.016/2009 (que revogou a Lei nº 1.533/51) disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Já o hábeas corpus está previsto no inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição: “Conceder-se-á hábeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

com todos os meios e recursos a ela inerentes; direito de manifestar-se, concordando ou discordando da acusação imposta; conhecimento da motivação dos atos decisórios; direito de ver aplicada a pena estabelecida na lei ver o desenvolvimento do processo penal em prazo razoável de duração; e execução da pena conforme previsão legal.

A garantia jurisdicional, enquanto conjunto de direitos do jurisdicionado, constitui pressuposto da jurisdição, esta última entendida como o poder do Estado de dizer (aplicar) o Direito, por intermédio de um processo obediente às formalidades legais. No Estado democrático de direito, quem garante a jurisdição deste processo é o Poder Judiciário. No entanto, não significa afirmar a apreciação de todas as causas pelo Judiciário. Os “mecanismos de mediação, conciliação, arbitragem, entre outros, podem desempenhar esta função, desde que seguidas as ‘regras do jogo’ fixadas na Constituição” (NOGUEIRA, 2003, p. 10).

Capelletti, em ensaio escrito com Garth (1988, p. 20), asseverou que o movimento pelo acesso à justiça constituiu um aspecto central do Estado social, ou *welfare State*. Nos países ocidentais, esse movimento se perfez em três fases (ou *ondas*), iniciadas em 1965. Resumidamente, a *primeira onda* consistiu na assistência judiciária (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a *segunda* dizia respeito às reformas necessárias para legitimar a tutela dos interesses difusos; e a *terceira onda* traduziu-se em múltiplas tentativas com vistas a obter fins diversos, entre os quais: procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflito; formas de justiça mais acessíveis e participativas; e fim da excessiva burocratização. O *acesso à justiça*, de acordo com esses autores, foi definido como uma expressão que determina “duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Há alguns anos, a sociedade brasileira reclamou da dificuldade de acesso à justiça, marcada pelos altos custos financeiros (taxas, honorários advocatícios, etc.) e demora na sua prestação (alta concentração de processos), entre outros motivos. Foram, então, criados mecanismos promotores do acesso judicial - entre eles, os juizados especiais -, e sua eficiência passou a ser creditada à celeridade do processo (ao número de casos extintos). Contudo, recentemente, algumas reclamações dirigiram-se à eficácia da justiça, revelando que as estatísticas sobre a quantidade de processos encerrados, como indicação de sua efetividade (atividade), podem esconder uma cifra negativa: permanecem os conflitos sem solução. A justiça pode ser efetiva se a análise se concentrar em índices quantitativos (número de processos arquivados ou prazo empregado na sua prestação), mas sua eficácia (no sentido de potência), por outro lado, não pode ser aferida pelo mesmo critério. Somente a apreciação baseada em indicadores qualitativos (se os conflitos sociais não são devolvidos, insolúveis, à sociedade) poderá revelar tal efeito.

Dessa forma, quando aqui se apregoa as garantias jurisdicionais (fundamentais) como elementos básicos para a realização do exercício democrático do poder, destaca-se o seu reflexo sobre uma justiça eficaz inserida no modelo de Estado adequado,

segundo a afirmação de Bobbio, para quem “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos... a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (1992a, p. 1).

O Estado democrático de direito, está previsto no preâmbulo da Constituição de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

No Estado democrático de direito, a lei e, em especial, a Constituição desempenham papel fundamental na instrumentalização e na estruturação dos direitos e das garantias fundamentais, informada por princípios (explícitos ou implícitos) cuja finalidade é orientar a interpretação do sistema (de normas),¹² de forma a promover-lhe uma unidade de sentido. Do contrário, o ordenamento se transformaria na reunião de normas e preceitos, desprovidos de qualquer capacidade de coordenação e correlação do todo. Todo o sistema de normas¹³ e atos jurídicos é hierarquizado e dinâmico, de tal forma que os atos jurídicos têm validade somente se realizados conforme as normas jurídicas, que, por sua vez, dependem de outras normas jurídicas e, assim por diante, até que se alcance a norma fundamental (constitucional). Já as tradições representam o conjunto de atitudes ligadas à natureza do direito, seu papel na sociedade e na organização política do Estado. Entender as sociedades por suas formas de resolução de conflitos pode parecer idiossincrático, como lembra Auerbach (2007, p. 44), mas essa perspectiva permite o acesso a um complexo e recorrente diálogo cultural entre: os indivíduos e a comunidade; a aspiração de harmonia e a concretude do conflito; as instituições jurídicas formais e suas alternativas, tensão comum a toda comunidade.

3 Aplicação da pena: visão teórica

Em 1995, o sistema jurídico brasileiro sofreu alteração quando foram criados os juizados especiais criminais estaduais, anteriormente indicados na CF88 (artigo 98, I).¹⁴

¹² Segundo Silva (1982, p. 242), “sistema” é o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e, importante ressaltar, contribuindo para a realização de um fim.

¹³ Os sistemas jurídicos representam o conjunto de instituições, processos e normas que fazem parte das tradições jurídicas de uma sociedade. Distinguem-se entre os que seguem a tradição da *civil law* e os que adotam a da *common law*. Tal distinção é importante neste estudo, na medida em que se critica a importação de institutos de uma tradição para outra, como aconteceu no Brasil com a *plea bargaining* e o *due process of law* norte-americanos, cuja adequação e internalização, em uma tradição tão distinta e específica, tende a gerar total transformação do seu conteúdo e finalidade, na maioria das vezes. Sobre a diferença entre estas tradições, ver Merryman e Pérez-Perdomo (2009), e Ferreira (2004).

¹⁴ O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, estabelece que: “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral

Foram regulamentados pela Lei nº 9.099/95, que criou tanto os juizados cíveis quanto os criminais, subordinando-os ao mesmo conjunto de princípios norteadores dos procedimentos neles desenvolvidos: oralidade, simplicidade e informalidade, celeridade, economia processual, conciliação e transação penal. Na parte criminal, a lei regulou procedimentos (conciliação e da transação penal) que constituíram, na época, inovações consideradas estranhas à tradição jurídica brasileira, enquanto país que segue a *civil law*. A lei recebeu críticas, principalmente dos próprios operadores do direito (AMORIM, 2002, p. 255-281). Algumas foram atribuídas à dificuldade de entendimento de sua dinâmica, em razão de uma educação arraigada no formato tradicional, com base em um sistema de administração de conflitos regulado pela ação punitiva, extraoficial e, muitas vezes, arbitrária em delegacias de polícia (KANT DE LIMA, 1995a, 1995b, 1989).¹⁵

Entre nós, a conciliação,¹⁶ na verdade, teve origem no Direito Processual Penal colonial, prevista no título 20, 1, do Livro III, das Ordenações Filipinas, e mais tarde reproduzida na Constituição outorgada de 1824, na qual se atribui ao juiz de paz a função de conciliação prévia, definida como condição obrigatória para o início de qualquer processo. A figura do juiz de paz, de efêmera duração, teve suas atribuições transferidas em 1840 para o delegado de polícia, espécie de representante do Poder Judiciário e inserido na estrutura do Poder Executivo. Este último, encarregado, desde 1870, da condução do inquérito policial, preliminar aos processos judiciais (LOPES, 2002). Assim, a Lei nº 9.099/95 trouxe de volta para o campo penal o consenso, realizado por um juiz leigo ou um conciliador leigo (artigos 21 e 22).

Já a transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95),¹⁷ esta sim, verdadeira novidade, foi inicialmente considerada por alguns doutrinadores como instituto semelhante à *plea bargaining*, do Direito Processual Criminal dos Estados Unidos (GRINOVER et al., 2007, p. 51). Contudo, já foi apontado que, no caso estrangeiro, se trata de barganha entre a acusação e a defesa, na qual o órgão de acusação “pode deixar de oferecer acusação em troca de confissão ou da colaboração do suspeito para a descoberta dos coautores” (JACOB, 1978). Consiste em uma audiência preliminar (pré-processual) entre o *defense attorney* (defensor do acusado) e o *prosecutor* (órgão de acusação, que no nosso modelo corresponde ao promotor de justiça), reunidos em uma sala do tribunal, juntamente com o juiz, os quais promovem discussões no intuito de chegar a um acordo sobre a culpabilidade do acusado. O *prosecutor* apresenta suas considerações sobre o caso e aponta sua “recomendação”. O advogado de defesa, por sua vez, pode a ela se opor, oferecendo

e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turma de juizes de primeiro grau.” Já os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.099/95 dispõem que: “Art. 1º - Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

¹⁵ Segundo a lei brasileira, o direito de punir (*ius puniendi*) pertence sempre ao Estado (principalmente com feição democrática), decorrente de sentença judicial condenatória. Já a ação penal - ou seja, o direito de movimentar a tutela jurisdicional (*ius postulandi*) - difere segundo seu titular (CAPEZ, 2005, p. 24).

¹⁶ A Lei nº 9099.95 estabelece no artigo 21 que: “Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.” Já o artigo 22 esclarece que: “A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo”.

¹⁷ “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.”

a sua tese. Neste caso, o juiz indica uma estimativa do custo financeiro do caso e promete uma sentença específica, caso haja uma negociação entre as partes e, por conseguinte, o reconhecimento, em certa medida, da culpabilidade do acusado. Em seguida, o advogado de defesa oferece a proposta para seu cliente. Se aceita, todos os participantes se encontrarão na sala do tribunal, onde haverá uma cerimônia formal, na qual o argumento da culpa será apresentado pelo juiz e aceito pelo acusado. Se a proposta de acordo for rejeitada pelo acusado, o caso será levado ao *grand jury* (júri de acusação), em prosseguimento, mas isso não obsta futuras negociações (FERREIRA, 2004).

Segundo a doutrina estrangeira, podem ser oferecidos quatro tipos de concessões em troca da aceitação, em certa medida, da culpa por parte do acusado. São elas: a) a tipificação (descrição legal) do fato no processo pode ser reduzida a um delito de menor potencial, o que assegura uma redução da pena na sentença a ser imposta; b) as imputações podem ser reduzidas, no caso de acusações múltiplas; c) o órgão de acusação pode recomendar uma “indulgência”, reduzindo as chances de uma provável condenação à prisão; e d) em crimes de maior repugnância social (molestar uma criança), pode ser desqualificado para uma circunstância considerada menos repugnante (SÉROUSSI, 1999). Para os autores que defendem o instituto, haveria três vantagens básicas para o acusado, ao participar da *plea bargaining*: a redução da possibilidade de uma pena de detenção durante o processo em um tribunal; o aumento das chances de obter uma sentença não condenatória; e a redução dos custos financeiros da representação legal (constituir um advogado).

E mais: no sistema estrangeiro, não se verifica a procura incansável pela verdade real, como no sistema brasileiro. Lá, o que se busca é o consenso sobre a culpa do acusado, um consenso sobre o que seja a verdade para solução daquele caso e que se alcança entre este e o *prosecutor* (FERREIRA, 2004). Já no nosso sistema, as partes não constroem uma verdade baseada no conhecimento comum sobre as provas colhidas e no acordo acerca da culpa do autor do fato. Nos Estados Unidos, quando o acusado de um crime chega à conclusão de que é melhor reconhecer sua culpa diante do crime que lhe é imputado - tendo consciência das provas (*evidences*) contra si existentes -, ele e a parte acusadora (*prosecutor*) constroem uma verdade para os fatos, que não importa se é ou não a “verdade real”, mas uma verdade negociada, consensualizada, pactuada pelas partes, para terminar o processo. Nesse modelo, quando o acusado confessa o delito e aceita a culpabilidade - ou seja, realiza um acordo -, torna efetiva a *plea bargaining*; em consequência, o processo não chegará a existir, ainda que avaliada a culpa. Constrói-se, assim, uma verdade para aquele caso concreto. Já no sistema jurídico brasileiro, quando aceita a aplicação da transação penal, o processo também deixa de prosseguir, sem se conceber, no entanto, que o acusado esteja confessando o crime ou assumindo a sua culpa. Contudo, mesmo assim, lhe é aplicada uma pena.

Aqui, ainda convivemos com a presença de métodos oficialmente sigilosos de produção da verdade - como no caso do inquérito policial¹⁸ -, próprios de sociedades de desiguais, que circunscrevem os efeitos da explicitação dos conflitos aos limites de

¹⁸ O inquérito policial, segundo Capez (2005, p. 37), em geral serve de instrução à ação penal. É um procedimento administrativo, de competência da autoridade policial, cuja finalidade é produzir um conjunto probatório para apurar a materialidade do crime e indícios de autoria, para que o titular da ação penal possa ajuizá-la (art. 4º do CPP). É um ato que pode vir a fundamentar a denúncia oferecida pelo Ministério Público ou a queixa-crime oferecida pelo ofendido ou seu representante legal (artigo 39 do CPP). O sigilo e a inquisitorialidade são suas principais características.

uma estrutura que se representa como fixa e imutável e confirmam a naturalização da desigualdade própria da nossa consciência cultural: as pessoas são consideradas naturalmente desiguais (ALMEIDA JÚNIOR, 1920).

A distância entre a verdade negociada (consensual) e a verdade real não reside simplesmente na forma como se dá sua produção, mas, principalmente, no fato de as partes envolvidas na produção destas verdades (lá e aqui) carregarem consigo representações culturais, históricas e sociais muito diversas e, de certa forma, antagônicas. No modelo estadunidense, a representação da igualdade é latente e ligada à história da formação da própria nação, ou seja, a construção do sistema americano assentou seus fundamentos nas lutas pela democracia.

No Brasil, permanecem as “marcas” deixadas pela formação jurídica colonizada, baseada na tradição inquisitorial portuguesa e na dominação das elites políticas e sociais que, controlando o conhecimento, produziram e desenvolveram nosso sistema jurídico, que é, portanto, desde sua origem, comprometido com o poder e com as escusas forças que o circundam (LOPES, 2002, p. 277-307). Esse sistema reproduz a ideia de que o processo paira sobre a cabeça do acusado como uma “espada de Dâmocles”, associada às influências históricas que apontam o sistema de produção de verdade adotado pelo Direito Canônico, de tradição inquisitorial, buscando alcançar na verdade real uma expiação para os “pecados” (crimes) do acusado (ALMEIDA JÚNIOR, 1959), podendo-se concluir que, para os brasileiros, em geral, o processo é uma garantia do Estado. Para os norte-americanos, é, efetivamente, uma garantia do cidadão.

Além da conciliação e da transação,¹⁹ a lei de 1995 estabeleceu a competência da nova Corte judicial somente para as infrações denominadas *de menor potencial ofensivo*, assim consideradas as infrações (crimes ou contravenções penais) com penas previstas em lei não superior a dois anos.²⁰ Além disso, estabeleceu também um procedimento dividido em duas etapas. A primeira é normalmente iniciada pelo acolhimento das partes encaminhadas pelas delegacias de polícia, que realiza a tradução do fato social em fato jurídico (no termo circunstanciado).²¹ O suposto autor do fato e a vítima participam, preliminarmente, de uma audiência de conciliação conduzida por um conciliador, como acima mencionado. Tratando-se de crime de ação penal pública condicionada à representação ou de crime de ação penal privada, faculta-se às partes a possibilidade de realizarem a composição cível que pode inclusive resultar em uma indenização pecuniária à vítima pelo suposto autor do fato, configurando, assim, uma “civilização” do processo penal. Caso ocorra a composição cível, as partes assinam o acordo e o juiz declara extinta a punibilidade, terminando o feito. Caso a composição não seja possível - ou quando se tratar de crimes de ação penal pública incondicionada -, o feito passa à segunda fase: o oferecimento da transação penal. Nesse momento, o promotor de justiça propõe ao autor do fato a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, na maioria das vezes.

¹⁹ A Lei nº 9.099/95 também prevê a hipótese de suspensão condicional do processo, não examinada aqui.

²⁰ “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 11.313/2006).

²¹ Outra forma de acesso ao juizado é a que se faz diretamente, sem a passagem pela Delegacia Policial. Neste caso, a vítima é encaminhada ao conciliador, que reduz a termo (transcreverá) o seu relato, marcando data para a realização da audiência preliminar, quando também será ouvido o suposto autor do fato, já devidamente citado para o ato.

Se o autor do fato e seu defensor aceitarem a proposta, o juiz a homologa. É certo que a lei também prevê a possibilidade de a proposta não ser aceita pelo acusado e seu defensor, caso em que o procedimento seguirá o rito semelhante ao tradicional, com o oferecimento de denúncia pelo órgão de acusação e demais atos processuais, atingindo seu encerramento com a sentença judicial. Contudo, o exame que aqui se pretende não atenta para tal hipótese.

Quando o autor do fato e seu defensor aceitam a proposta, este é o único momento em que esse ritual se assemelha ao do *due process of law*, criando uma opção para o acusado. O *due process of law* está previsto na 4ª, 5ª, 6ª, 7ª e 14ª emendas à Constituição dos EUA, relativas a direitos oponíveis ao Estado contra os abusos decorrentes de sua autoridade. É fundamento da tradição jurídica democrática, com a garantia de participação popular, que visa a assegurar aos seus cidadãos um julgamento justo. Quando alguém é acusado perante a justiça criminal norte-americana, pode optar entre duas soluções: declarar-se culpado da prática do crime imputado, e, com isso, não passar pelo rito processual do julgamento; ou não aceitar a imputação (ou permanecer em silêncio). Neste último caso, tem direito ao *due process of law*, ou seja, ao processo com as prerrogativas inerentes: a garantia de ser julgado por um tribunal de jurados composto de membros de sua sociedade, seus pares (*trial by jury*).²² Configura, assim, um direito pessoal e disponível, pertencente ao acusado: pessoal, porque somente ele poderá exercitá-lo; disponível, porque o acusado pode abdicar do direito de ser julgado por este tribunal, ocasião em que poderá negociar sua pena com o órgão de acusação (FERREIRA, 2004, p. 72).

No Brasil, o instituto aproximado ao modelo estadunidense é o devido processo legal, o qual consiste na imposição de um processo pela iniciativa do Estado (Ministério Público) ou da vítima (ou seu representante legal).²³ Está vinculado ao interesse da acusação, exclusivamente, e não constitui direito do acusado, porque este não pode abrir mão do processo, como acontece no modelo importado. Contudo, alguns juristas afirmam que o devido processo legal é uma garantia da defesa do acusado, pois obsta a punição não decretada por um juiz competente, imparcial, em que se respeitam o rito processual adequado e se esgotam as vias recursais existentes. Essa noção de que o devido processo consiste somente em obediência às formalidades legais gera o estranho raciocínio de que possa existir, no ordenamento jurídico de um país democrático, um processo ilegal!

Quanto ao rito dos juizados especiais criminais, a aplicação da transação penal ocorre quando estão presentes os seguintes requisitos: a) não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; c) se indicarem os antecedentes - a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais - ser necessária e suficiente a adoção da medida; d) ser formulada a proposta pelo Ministério Público e aceita por parte do autor da infração e seu defensor (artigo 76 da Lei nº 9.099/95).

²² Este julgamento representa a chamada "adjudication", que significa arbitragem pelo júri.

²³ Previsto no inciso LIV, do art. 5º, da CF 1988: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

E, ainda, quando não se tratar de hipótese de arquivamento do procedimento. Caso ocorra sua aceitação pelo autor da infração e seu defensor, haverá a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa.²⁴

A “transação” entre Ministério Público e suposto autor do fato fica, assim, limitada às seguintes possibilidades: “Opção entre a multa e a pena restritiva, fixação do valor da pena, e a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva” (GRINOVER et al., 1997, p. 54). O promotor de justiça, no modelo brasileiro, portanto, não negocia a verdade como na *plea bargaining*, mas apenas a aplicação da pena, desde que o suposto autor do fato concorde com a acusação já formulada pelo acusador e registrada no termo circunstanciado.²⁵

Caso o suposto autor do fato não aceite a proposta, ou o promotor não considere cabível ao caso, ou, ainda, o juiz não a acolha, será oferecida a denúncia e designada data para a realização da audiência de instrução e julgamento, esta sim conduzida diretamente pelo juiz, na sala de audiências, com a produção das provas admitidas pelo Direito e cujo desfecho será a sentença proferida na ação penal propriamente dita.

O consenso - em tese, concretizado na transação penal - deveria representar a confirmação do exercício democrático de participação jurídica e a garantia jurisdicional do tratamento isonômico, de acordo com quase a unanimidade da doutrina jurídica brasileira que entende a transação penal como consenso entre Ministério Público e autor do fato. Entre outros, Fernandez afirma que a transação penal constitui “uma alternativa ao processo penal e seus efeitos (inclusive os relativos a punição/castigo), solucionando a controvérsia penal consensualmente, sem o ingresso dos envolvidos no sistema penal intimatório, necessariamente conflitivo” (2003, p. 133).

Gomes (2003) também considera a transação penal um mecanismo pelo qual se extingue o processo penal, com o acordo entre o representante do Ministério Público e o autor do fato. E Sobobrane (2001) inclui-se nesse rol, ao declarar que a transação penal pode ser definida como o ato jurídico por meio do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada.

Contudo, pesquisa empírica produzida por Silva, na comarca de Ipatinga - região metropolitana do Vale do Aço, no leste de Minas Gerais -, como objeto de dissertação de mestrado, verificou que, na concepção das partes (autor e vítima), não restou confirmada a realização de conciliação ou qualquer indicio de solução para os conflitos, já que se buscou apenas antecipar uma pena, pondo fim ao processo, caracterizando a finalidade do instituto como meramente estatística. Por outro lado, os autores de infrações criminais esboçaram não entender o significado da transação penal: chegaram a entendê-la

²⁴ O artigo 59 do Código Penal estabelece que: “O juiz, atendendo à culpabilidade... , estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas.” A reprovação do fato criminoso e sua prevenção estão, dessa forma, afirmados pela lei brasileira como finalidade da pena. A doutrina jurídica estabelece distinção entre sanções e pena. As sanções constituem o gênero no qual se inserem as espécies: penas e medidas de segurança. O artigo 32 e seguintes do Código Penal estabelecem quais são as espécies de penas; enquanto o artigo 93 e seguintes estabelecem as espécies de medidas de segurança permitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵ O termo circunstanciado é o registro policial (semelhante ao boletim de ocorrência) onde consta, em geral, a qualificação dos envolvidos no conflito, um breve relato do fato ocorrido, a manifestação da vítima em prosseguir com o processo (dependendo da natureza da ação penal, ou seja, se pública incondicionada ou privada) e o compromisso do suposto autor do fato de comparecer ao juizado especial criminal na data previamente designada pelo órgão.

como sinônimo de estar livre - do processo, da própria pena, ou, ainda, de um castigo maior (2004, p. 121).²⁶

O empirismo dá conta, assim, de uma realidade que a dogmática jurídica não percebe: a importação do instituto do sistema da *common law*, intrinsecamente ligado ao consenso, passa por uma tradução decorrente do nosso modo de pensar e representar o processo, o que resulta em sua modificação. A internalização de instituto gerado em ambiente tão dispar do qual é implantado ocorre porque sofre verdadeira fusão, e não simples importação, e as consequências desta transformação podem ser constatadas na prática forense.

4 Aplicação da pena: visão empírica

Como ensina Bourdieu (2003), todo fato que se observa há, necessariamente, de ser contextualizado; e o campo jurídico é um campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica. Como exemplos de conflitos nesse espaço, são citados os que se estabelecem entre os que detêm conhecimento jurídico e capacidade postulatória e os que não detêm, mas necessitam de tal conhecimento (os profanos).

Complementando esse pensamento, no que se refere ao campo onde as normas penais são aplicadas - ou seja, no processo penal -, Barbosa Moreira já advertiu para o fato de que, mesmo quando simplificada a relação desenvolvida no processo, ela atua, por assim dizer, intramuros, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, sendo necessário compreender os conceitos e alcances verdadeiros de cada mecanismo posto à disposição dos sujeitos. Esse campo limita a atuação pela ideia de competência jurídica, excludente dos que não são dotados de um dito saber. As regras que operam neste campo são regras de condutas, que determinam: o que se deve ou não fazer e quem tem ou não um conhecimento especializado para nele atuar (1989, p. 11).

Nessa linha de raciocínio, o exame aqui indicado tomou por base a análise de documentos coletados aleatoriamente nos anos de 2003 e 2004, durante a atividade advocatícia da pesquisadora nos juizados especiais criminais de Nova Iguaçu (RJ). Naquela ocasião foi possível levantar um total de 36 amostras, relativas à aplicação da pena na transação penal, visando ao estudo de sua dinâmica, principalmente porque as informações retiradas desses registros são válidas para qualquer época, uma vez não ter ocorrido neste lapso temporal qualquer alteração na lei ou em sua operacionalidade. Em outras palavras, estes dados revelam práticas que continuam sendo adotadas pelos operadores do direito.

A análise documental aqui representada foi dividida em três aspectos: o primeiro, relativo à apresentação da proposta, indicando sua forma (estrutura) e conteúdo, com o objetivo de demonstrar a dinâmica do evento; o segundo, correlacionando as

²⁶ Nesse sentido, Geraldo Prado (2003) já afirmara que o acusado optava pela transação porque desconhecia o próprio processo. Ou seja, sequer conhecia as evidências contra si existentes, aceitava a proposta por temor e não por livre e consciente opção.

penas aplicadas às infrações praticadas, visando a verificar sua adequação conforme a lei penal; e o terceiro, indicando os registros relativos à operacionalidade da aplicação da pena pelos operadores do direito (especificamente o Ministério Público) e a participação dos infratores, com vistas à confirmação do consenso.

Do total das 36 amostras coletadas, foram destacadas e trazidas à colação deste artigo somente o estudo de 12, visando a concentrá-lo, e também porque estes contêm um dado peculiar em comum: a imposição da doação de sangue como modalidade de pena, homologada judicialmente.

A justificativa para adoção dessa pena foi a ocorrência de uma circunstância alheia aos fins da pena ou à repressão do crime: nos anos de 2003 e 2004 a Baixada Fluminense foi atingida por fortes chuvas, causando grandes prejuízos para a população local. Este fato foi amplamente divulgado na época pela mídia. Houve, em decorrência, a redução de sangue e hemoderivados no banco de sangue de um hospital municipal, incentivando a celebração de convênio entre a Secretaria de Saúde municipal e os juizados especiais criminais de Nova Iguaçu (CHAGAS, 2005, p. 1). Para legitimar a aplicação dessa pena, foi utilizado o discurso hermenêutico, estendendo o alcance da expressão “prestação social alternativa”, contida no artigo 5º, XLVI, “d”, da Constituição Federal.²⁷

No entanto, essa orientação não se coaduna com o princípio da taxatividade, apregoado por Luiz Regis Prado, como princípio que tem por fim evitar o *arbitrium iudicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade, ou da lei certa, acarreta para o legislador o dever de redigir a disposição legal de modo suficientemente *determinado* para a perfeita descrição do fato típico (*lex certa*) e vincula o juiz, autolimitando o poder punitivo-judiciário como garantia de tratamento isonômico (2006, p. 130).

Em decisão de 1990, quando o Ministro Celso de Mello (STF, 2010) examinou questão relativa à intransmissibilidade da pena, já se esclarecia que a doação de sangue “não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, pertinentes à própria inteligência da expressão legal ‘prestação de serviços à comunidade’, cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a ideia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral”.²⁸

A vigência da medida foi curta, em face do decreto de inconstitucionalidade promovido pela 1ª Turma Recursal do TJ-RJ, confirmando a visível ofensa à integridade física dos infratores (CHAGAS, 2005, p. 4). Contudo, apesar do curto lapso temporal de aplicação, sua incidência restou extremamente sentida e representada pela quantidade de amostras examinadas neste estudo, tendo em vista que sua coleta se fez de forma totalmente aleatória.

²⁷ “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”.

²⁸ O caso objeto dessa decisão alude à doação de sangue realizada por outra pessoa, e não o próprio condenado. Contudo, a citação é oportuna, no que se refere à natureza jurídica da penalidade que ora se examina.

A pena de doação de sangue foi imposta às seguintes infrações penais: cinco crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 10 da Lei nº 9.437/97);²⁹ um crime de lesão corporal simples (artigo 129, *caput*, do Código Penal);³⁰ duas contravenções penais de porte de arma (artigo 19 do Decreto-Lei nº 3.688/1941);³¹ dois crimes de tráfego em velocidade incompatível com a segurança ou acima da velocidade permitida (artigo 311 da Lei nº 9.503/97 - Código Nacional de Trânsito);³² um crime de dirigir sem habilitação ou com habilitação cassada (artigo 309 da Lei nº 9.503/97)³³ e um crime de uso de entorpecentes (artigo 16 da Lei nº 6.368/76).³⁴

Ao se relacionar as infrações com a quantidade de doações impostas, foi constatada grande variação quantitativa, mesmo quando relativas à idêntica conduta criminosa praticada, como ocorreu com a infração prevista no artigo 10 da Lei nº 9.437/97 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido): em duas propostas, foram aplicadas três doações de sangue; em outras duas propostas, quatro doações; e, em uma, uma doação. Já nas duas contravenções de porte de arma (artigo 19 do Decreto-Lei nº 3.688/41) incidiram as penas de três doações de sangue para cada uma. Quanto às demais infrações, não há também qualquer parâmetro: no crime de lesão corporal simples (artigo 129 do Código Penal), foi aplicada a pena de duas doações de sangue. Nos crimes de tráfego em velocidade incompatível com a segurança, ou acima da velocidade permitida (artigo 311 da Lei nº 9.503/97), foram aplicadas quatro doações de sangue. No crime de direção sem habilitação ou com habilitação cassada (artigo 309 da Lei nº 9.503/97), a pena foi de três doações de sangue. E no antigo crime de uso de entorpecentes (artigo 16 da Lei nº 6.368/76), foram impostas três doações de sangue.

Como as propostas de transação penal não fazem alusão às circunstâncias dos crimes, aos motivos dos infratores ou aos prejuízos suportados pelas vítimas, entre outras informações, não é possível empreender qualquer raciocínio crítico quanto aos critérios adotados, ainda que inconstitucional a medida. Empiricamente, talvez seja possível comprovar a função motivadora da sanção penal e seu emprego como instrumento imprescindível à isonomia, mas essa pesquisa ainda está em desenvolvimento,

²⁹ Em 20/2/1997, foi promulgada a Lei nº 9.437, cujo artigo 10 estabelecia: “Art. 10 - Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. Pena - detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos e multa”. Em 22/12/2003, foi editada a Lei nº 10.826, conhecida como Estatuto do Desarmamento, dispondo sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição, além da criação do Sistema Nacional de Arma (Sinarm) e definição dos crimes, cujo artigo 14 passou a cuidar desta conduta, com a pena majorada.

³⁰ A lesão corporal simples está prevista no artigo 129 do Código Penal: “Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

³¹ O Decreto-Lei nº 3.688/41 (conhecido como Lei das Contravenções Penais) previa no artigo 19: “Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena - prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.” Com a entrada em vigor da Lei nº 9.437/97 e a previsão dessa conduta no artigo 10, passou-se a considerar derogada a contravenção penal, sendo tratada como crime.

³² “Art. 311. Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano: Pena - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

³³ “Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Pena - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

³⁴ A Lei nº 6.368/76, estabelecia no artigo 16 a figura do uso de entorpecentes: “Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.” Em 23/8/2006, foi publicada a Lei nº 11343, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad); prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu os crimes e deu outras providências.

e não há, por ora, qualquer registro neste sentido. Isso porque a doutrina jurídica tradicional afirma que, para a dosagem da pena, é fundamental considerar a natureza e qualidade dos motivos que levam o indivíduo à prática do crime (HUNGRIA, 1943, p. 12). Deve-se salientar que a variação, ou instabilidade das penas, é medida que causa insegurança ao jurisdicionado, face à distribuição desigual da justiça.

Todas as propostas examinadas possuem a mesma redação e mencionam expressamente a aplicação de pena de multa e sua substituição, na maioria dos casos examinados, pela prestação pecuniária (artigo 45, § 2º, do Código Penal), “consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos”.³⁵ Algumas contêm espaço pontilhado ou com linhas destinadas ao preenchimento das informações relativas ao valor da quantia a ser efetivamente paga (em moeda corrente) e ao prazo para o cumprimento dessa obrigação. Ao final do texto principal, é registrada a data e, abaixo desta, os espaços destinados às assinaturas do promotor de justiça, do conciliador, do suposto autor do fato e do seu advogado:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76 da Lei nº 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de MULTA, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Código Penal, art. 45, § 2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, nº 1.050, térreo, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, que por sua vez as repassará ao Juizado da infância e Juventude desta Comarca, no valor total, não inferior a R\$ 300,00 (trezentos reais), com vencimento em 30/5/2004, 30/6/2004 e 30/7/2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa. Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada. Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, MULTA. O suposto autor do fato e o advogado aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado de que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal. Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, § 2º, II, da Lei nº 9.099/95.

As propostas nas quais foram impostas as doações de sangue possuem a mesma padronização do texto. Contém, no entanto, um parágrafo inserido ao final e em negrito, no qual consta a quantidade e a forma como a doação foi fixada, como a seguinte:

³⁵ A substituição da pena de multa, assim como das penas privativas de liberdade está prevista na lei penal. O artigo 45 do Código Penal estabelece que: “Art. 45 - Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 489. § 1º - A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. § 2º - No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. § 3º - A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime”.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não a desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de três doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de janeiro de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (Posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação.

A repetição desse texto, na totalidade dos casos, aparenta uma padronização contínua, tanto na redação (expressões, termos e palavras) quanto na estrutura das propostas (organização dos parágrafos) analisadas, dinâmica que poderia ser atribuída à quantidade da demanda, mas não há qualquer informação nesse sentido. Como à época da coleta desses dados, os juizados já possuíam equipamentos de informática, provavelmente todos os documentos são originários de um mesmo arquivo de texto.

É importante ressaltar que a operação da conversão das penas realizada pelo Ministério Público é atividade sem previsão legal; e, como afirmado por Geraldo Prado (2003, p. 78), esta ausência de previsão legal também gera inconstitucionalidade do ato.

Por sua vez, a coleta de sangue e demais procedimentos a ela relacionados encontram previsão no artigo 199 da CF88, inserido no Título VIII, “Da Ordem Social”, no Capítulo II, relativo à seguridade social:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.³⁶

A doação de sangue é atividade de natureza altruísta, exercício concreto da fraternidade e solidariedade humanas, bem como medida voltada proteger e salvar vidas. É contrária, portanto, à imposição, à obrigação, à ordem. Estudos já comprovaram que indivíduos motivados a doar “por interesse” apresentam maiores percentuais de inaptidão clínica. Os autores que tratam do tema (VERTCHENKO, 2005; RODRIGUES, 1995; e GUTIÉRREZ et al, 2003) e as instituições normatizadoras e assessoras da área de saúde, nacionais (BRASIL, 2001, 2002a, 2002b) e estrangeiras (ALLEYNE, 2003; PERIAGO, 2003) são unânimes em relacionar a qualidade do sangue com o doador voluntário ou espontâneo e o de retorno. Isso porque esses doadores são indivíduos que comparecem espontaneamente nos serviços de hemoterapia após devida seleção clínica e sorológica em

³⁶ O sangue é considerado tecido humano, conforme estabelece o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 9.434, de 4/2/1997, que dispõe sobre o transplante e remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento (regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho do mesmo ano). O artigo 9º dessa lei estabelece a voluntariedade da doação, permitida à pessoa juridicamente capaz de “dispor gratuitamente” de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.” (CÓDIGOS, 2010, p. 912).

doações anteriores e, portanto, tornando a doação mais segura e confiável (GUTIERREZ et al., 2003). Deve também ser ressaltado que a experiência de outros países demonstra a relação entre fatores econômicos e culturais e o grau de motivação à doação de sangue (ALLEYNE, 2003; GUTIÉRREZ et al., 2003). O estudo desses fatores tem sido utilizado como subsídio para campanhas direcionadas à captação de doadores (BRASIL, 2002a, 2002b; GUTIERREZ et al., 2003).

Estudos recentes realizados sobre as representações sociais afirmaram que o imaginário coletivo acerca da doação de sangue tanto está concentrado em ideais humanitários (ato de caridade, de cidadania ou heroísmo) quanto em representações muitas vezes utilitárias (“doar para saber se está bem de saúde”, “evita problemas de coração”) ou até mesmo negativas (doar reduz a quantidade de sangue no corpo), conforme Montoya (1996, p. 427-440), Hamening (1992) e Silva (2001). de acordo com esses autores, as representações sociais vão constituir justamente o produto simbólico das pessoas frente a uma vivência histórica e social. Nessa perspectiva, a representação social é uma modalidade de conhecimento socialmente construído e compartilhado, com finalidades práticas e reconstrutivas da realidade social.

Desta forma, quando a doação de sangue é imposta, correspondendo a uma penalidade (no sentido de sanção do direito penal brasileiro), seu significado perante as pessoas envolvidas no conflito (vítima e autor do fato) e a população em geral pode adquirir conotação negativa, constituindo mais uma causa para a não doação. A pena, por sua vez, está associada à repressão, à resposta pela prática de um crime, razão pela qual é relevante a representação social acerca do castigo corporal vinculado à doação de sangue (infligindo dor).³⁷ E mais: nenhuma das 12 propostas levou em consideração as condições físicas e biológicas dos doadores ou a qualidade do sangue doado, ou seja, nas hipóteses em que o sangue doado não foi aproveitado por inaptidão clínica do doador, ainda assim a pena restou cumprida, mitigando, desta forma, o caráter solidário que a medida poderia ainda conter.

Não se pode esquecer que o Direito Penal brasileiro é regido segundo os princípios constitucionais da “legalidade da pena” e da “anterioridade da pena”, ambos previstos no inciso XXXIX, do artigo 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Norma esta repetida no artigo 1º do Código Penal: “ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

³⁷ Em 25/6/2010, a autora deste trabalho apresentou o resumo do artigo “Doação de Sangue: Incongruência na Imposição da Pena pela Justiça Criminal Brasileira”, escrito em coautoria com Luísa Almeida do Valle Brito, no *II Salão de Divulgação de Pesquisas Científicas*, realizado na cidade de Natal, em evento organizado pela ANPG e subsidiado pelo Ministério da Educação.

Esses princípios se fundam na máxima “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*”, de Feuerbach, cuja origem é atribuída ao começo do século XIX e das ideias da escola penal alemã, segundo as quais nenhum fato pode ser considerado criminoso se não previsto anteriormente como tal; e, da mesma forma, nenhuma pena pode ser aplicada se não prevista em lei preexistente e correspondente ao fato praticado:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada. (FEUERBACH, 1963, p. 69-72)

Os princípios constitucionais são considerados normas de aplicação obrigatória a todas as leis que versam sobre matéria penal, uma vez que os princípios constitucionais se caracterizam como regras-mestras para todo o conjunto de regras do Direito brasileiro e atributos exclusivos do Estado democrático de direito.

Além da inconstitucionalidade da medida, nenhuma das propostas examinadas descreve qualquer informação acerca da dinâmica do consenso, dos argumentos empregados pela defesa ou pela acusação na sua obtenção. Empiricamente, talvez haja possibilidade de comprovar a prática democrática do diálogo e do consenso, ora afastada pela análise documental.

É também importante afirmar que a ausência de informações sobre os critérios empregados na aplicação das penas e o motivo de sua variação obstaculizam uma análise mais aprofundada, até mesmo uma possível correlação entre a sanção e o bem jurídico violado.³⁸ A finalidade da exposição dos motivos sobre a escolha da pena pelo órgão de acusação é permitir valorar sua justeza e adequação, não apenas em função da lei penal, mas, principalmente, em respeito aos princípios constitucionais da adequação e proporcionalidade das penas, como lembra Toledo:

[...] a pena justa será somente a pena necessária (VON LISZT) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal à luz de um pensamento que não esconde o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade. O mesmo se diga em relação à execução da pena. (TOLEDO, 1994, p. 37)

³⁸ Segundo ROXIN (2002), “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.”

A falta de informações prejudica a fiscalização do ato, impede a hierarquização das lesões e a verificação do grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vinculadas a cada conflito. Lembre-se que a pena desproporcionada transcende o injusto para castigar outra coisa, de tal forma que “o poder punitivo descontrolado e ilimitado, sem agências que o contenham e o reduzam, aniquila todos os valores da vida comunitária” (WELZEL, 2004).

A ausência da motivação do Ministério Público constitui privilégio sequer concedido ao juiz diante da fixação e aplicação das penas (artigo 59 do Código Penal), sendo evidente que, ao não explicitar tais informações e concentrá-las exclusiva e subjetivamente na consciência do órgão de acusação, o princípio constitucional da ampla defesa é frontalmente atingido. Nesse sentido, Geraldo Prado afirma: “É relevante colocar em evidência que a solução consensual penal não contém autorização constitucional para dispensar o fundamento da culpabilidade na punição dos agentes, sob pena de retorno a esquemas de responsabilidade puramente objetiva” (2003, p. 34).

É certo que a fundamentação dos motivos justificadores da decisão judicial está contida em norma constitucional, positivada no inciso IX do artigo 93:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Tal exigência está também estabelecida no inciso III do artigo 381 do Código de Processo Penal,³⁹ o qual fixa o dever do juiz de “indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.” A fundamentação da decisão judicial representa uma garantia de justiça quando reproduz, “exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo.” (CALAMANDREI, 2005, p. 175).

Por todas essas razões, a mesma orientação deve ser aconselhada para o órgão de acusação quanto à manifestação do raciocínio empregado no momento da confecção da proposta e ao esclarecimento dos fatos em que a pena se baseia. Agindo dessa forma, o Ministério Público estaria “prestando contas” às partes, ao Estado e à sociedade e, concomitantemente, garantindo sua obediência aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Assim, os fins da motivação da proposta, tal como acontecem em relação às sentenças judiciais, estariam calcados na preservação de uma “segurança jurídica” e confeririam aos cidadãos a certeza de que a punição imposta encontra concordância legal.

³⁹ “Art. 381 - A sentença conterá: I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; II - a exposição sucinta da acusação e da defesa; III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão; IV - a indicação dos artigos de lei aplicados; V - o dispositivo; VI - a data e a assinatura do juiz.”

As redações acima transcritas apontam uma prática inversa ao que o discurso teórico-jurídico apregoa quanto à legalidade e anterioridade da pena: é evidentemente necessário verificar se, no plano das palavras verbalizadas e não registradas no papel, isso também acontece, razão pela qual a pesquisa de campo, ainda em desenvolvimento, torna-se indispensável à complementação desta análise. O “campo” aqui escolhido (juizados criminais) é justamente onde o distanciamento entre teoria-jurídica e prática forense pode resultar em ofensas à considerada parcela da população, tendo em vista a “clientela” que busca a tutela jurisdicional dessa corte. Ingressar nesse campo significa também compreendê-lo como espaço social onde os agentes sociais se movimentam a fim de alcançar conquistas, “o lócus onde se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos que caracterizam a área em questão” (BOURDIEU, 2005).

Nesse aspecto, somente se resguardadas as garantias fundamentais do modelo garantista de Ferrajoli (2002) é que essa luta será um “jogo igual para todos”:

Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respecto también de su verdad.

5 Conclusão

O estudo até aqui produzido, por meio de análise documental, revela certa incongruência entre o que o campo jurídico normatiza e o que realmente exercita. Tal desarmonia acarreta insegurança para o jurisdicionado, por atacar garantias asseguradas na lei constitucional e infraconstitucional.

O destaque à atividade do Ministério Público decorre da competência estabelecida na CF88 (Capítulo VI, artigo 129, inciso I) para promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei; e da afirmada pela Lei nº 9.099/95 (artigo 76), para aplicar imediatamente a pena restritiva de direitos ou multas, através da proposta de transação penal. Contudo, nem a Carta Magna, nem a lei infraconstitucional determinam como as penalidades serão aplicadas nem estabelecem os limites ou critérios para a sua fixação, já que os dispositivos relativos ao assunto somente o fazem para a atividade judicial. Em face da omissão legal, o órgão de acusação atua com liberdade sequer concedida aos juízes, obrigados a motivar suas decisões por força do estabelecido no artigo 93, IX, da Constituição.

Por ora, conclui-se que o consenso em matéria penal ainda está em fase de construção e que o Estado democrático de direito somente se consolidará quando os princípios constitucionais do processo penal foram efetivamente observados.

CONSENSUAL CULTURE? ANALYSIS OF PENAL TRANSACTION IN RIO DE JANEIRO'S STATE LOWLANDS

ABSTRACT: From the analysis of documents which register the procedure called “penal transaction”, destined to the anticipated apply of penalties to the less offensive potential infractions at the Rio de Janeiro’s small claim courts courts, is pursued the comparison between the theoretical juridical speech and the forensic practices, considering the statement according to which the validity of the Democratic State of Law is translated into the effectiveness of constitutional principles, amongst them the anteriority and legality of the penalty, considered as fundamental rights. The classical guarantee of fundamental rights is seen in this research at the optics of limitation or restriction of the power exercised by the State over the people, in which way the role of the penalty legality is emphasized exactly because its main function is to guide the freedoms and guarantees of those who seek the justice system.

KEYWORDS: Jurisdictional guarantees. Anteriority of penalty. Legality of penalty. Penal transaction. Fundamental rights.

Referências

ALLEYNE, G. A. O. La garantía de sangre segura em las Américas. *Rev. Panam. Salud Pública*, 13(2/3), 2003.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1959.

AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; KANT DE LIMA, Roberto. Os juizados especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out./dez. 2002.

AUERBACH, Jerold S. Justiça sem direito? In: *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: UnB, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*. Temas de Direito Processual: Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

_____. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

_____. Liberalismo velho e novo. In: *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992b.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: RT, 2005.

_____. Ministério da Saúde. *Captação de Doadores de sangue*. Brasília: 2001a. Série Telelab.

_____. Ministério da Saúde. *Triagem Clínica de Doadores de Sangue*. Brasília, 2001b. Série Telelab.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Programa Nacional de Doação voluntária de Sangue*. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 21 maio 2010.

BURGOS, Marcelo. Conflito e sociabilidade: a administração da violência pelos juizados especiais criminais. Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 5, n. 10, 1º sem. 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, n. 29, 2005.

CÓDIGOS PENAL; DE PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Capex e CNJ lançam edital para pesquisas*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/capex-e-cnj-lancam-edital-para-pesquisas>. Acesso em 20 jul. 2010.

CORCUFF, Philippe. *As novas sociologias: construções da realidade social*. Bauru: Edusc, 2001.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Elementos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDEZ, José Barros. *A transação penal e suas consequências jurídicas*. In: AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; KANT DE LIMA, Roberto. *Juizados especiais criminais: sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FEUERBACH, Ludwig. Fim da Filosofia Alemã Clássica. In: *Obras escolhidas*. V. 3. Rio de Janeiro: Vitória, 1963.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões*. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados Especiais Criminais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

GUTIÉRREZ, M. G.; TEJADA, E. S.; CRUZ J. R. (2003). Estudio de factores socioculturales relacionados con la donación voluntaria de sangre em las Américas. *Rev. Panam. Salud Pública*, 13 (2/3), 2003. Edição especial.

HAMENING D. et al. Preservação do sangue: aspectos históricos, revisão do metabolismo e perspectivas atuais. In: *Técnicas modernas de banco de sangue e transfusões*. 2. ed. Rio de Janeiro, Revinter, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *O arbítrio judicial na medida da pena*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 90/12, 1943.

JACOB, Herber. *Justice in America: court, lawyers and the judicial process*. 3. ed. Boston: Little, Brow and Company, 1978.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 10, n. 4, jun. 1989.

_____. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995a.

_____. Bureaucratic Rationality in Brazil and in the United States: criminal justice systems in comparative perspective. In: DAMATTA, Roberto; HESS, David (Ed.). *The Brazilian puzzle: culture on the borderlands of the Western World*. New York: Columbia University, 1995b.

_____; AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos juizados especiais criminais. *Revista Ciências Sociais* Rio de Janeiro, v. 8, n. 1-2, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. As fontes: constituição e codificação no Brasil do século XIX. In: *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARSULO, M. A. G.; SILVA, R. M. G. Os métodos científicos como possibilidade de construção de conhecimentos no ensino de ciências. *Revista Eletrônica de Enseñanza de las Ciencias*, v. 4, n. 3. Universidade Federal de Uberlândia, 2005.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MONTOYA, A. F.; CASTILHO, J. D. L.; BERRIO, A. L. et al. Actitudes, creencias y motivaciones em donantes y no donantes de sangre. *Sangre*, n. 41, 1996. p. 427-440.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Argumentação*. In: *Enciclopédia Einaudi*, v. 11. Edição Portuguesa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1987.

PERIAGO, M. R. El fomento de buenos servicios de sanre em la región de las Américas. *Rev. Panam. Salud Pública*, 13(2/3), 2003. Edição especial.

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

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

RODRIGUES, R. N. et al. Aspectos sociodemográficos e culturais da doação de sangue em Belo Horizonte. In: *Anais do VII Seminário sobre a Economia Mineira*. V. II, 1995.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte americano*. Paris: Lancy, 1999.

SILVA, Breno Inácio da. Formas institucionais de produção da verdade: transação penal x plea bargaining. *Revista Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1-2, 2004.

SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, MFP et al. Representações sociais sobre a doação de sangue em um serviço de hemoterapia. *II Jornada Internacional sobre Representações Sociais: Questões Metodológicas*. Resumos. Florianópolis: UFSC, 2001.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC nº 88.797/RJ*. Relator: min. Eros Grau. Julgado em: 22/8/2006. DJ 15/9/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381887>. Acesso em: 29 maio 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VERTCHENKO, Stela Brener. *Doação de sangue: aspectos socioeconômicos, demográficos e culturais na região metropolitana de Belo Horizonte*. Tese de Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública - Belo Horizonte, UFMG, 2005.

WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1984.