

A atualização do princípio da legalidade penal através do exame de algumas práticas judiciárias¹

Vera Ribeiro de Almeida

Mestranda da UGF

Este artigo examina certos aspectos da nossa jurisdição, levantando algumas representações implícitas nessa cultura técnica em face da atualização do princípio constitucional da legalidade como garantia atribuída aos cidadãos e orientadora das atividades estatais. A partir do confronto entre o argumento judicial justificador da aplicação de pena não prevista em lei e os demais discursos jurídicos, emprega-se uma análise multidisciplinar, apontando as implicações dessas representações para a efetividade da Justiça e a concretização da cidadania brasileira, conforme o modelo de Estado previsto na Constituição de 1988.

Palavras-chave: representações judiciais, jurisdição, princípio da legalidade, cidadania, discursos jurídicos

Updating the Principle of Penal Legality by Means of the Analysis of Some Judicial Practices examines some aspects of Brazilian jurisdiction summarizing some representations that are implicit in this technical culture, considering the update of the constitutional principle of legality as both a guarantee given to citizens and a guide to the state activities. From the comparison between the legal argument that justifies the application of a penalty not provided for by law and some other legal discourses we employ a multidisciplinary analysis, pointing out the implications of these representations for the effectiveness of Justice and the accomplishment of the Brazilian citizenship, according to the model of state provided by the Constitution of 1988.

Keywords: judicial representations, jurisdiction, the principle of legality, citizenship, legal discourse

Introdução

Este artigo versa sobre aspectos do Estado brasileiro e sua concretização sobre a cidadania dos nacionais, notadamente na observação da categoria jurisdição² e de sua correlação com o princípio da legalidade. Analisa algumas representações contidas em decisões judiciais previamente coletadas que mostram como esse princípio é atualizado. Trata-se de um exercício de aproximação entre o direito e outras ciências sociais, destacadamente a sociologia e a antropologia jurídicas e, ainda que o recorte proposto não privilegie o estudo das doutrinas do direito³, poderão ser indicadas algumas características do positivismo contemporâneo ao longo da análise. Dessa forma, são afastadas as abordagens lógico-formais e normativas, pois não há interesse no exame do idealismo ou do dogmatismo do direito, mas sim na análise de sua aplicação pela instância estatal por meio de observação empírica. Justifica-se essa opção tomando como base a noção de que a criação

Recebido em: 16/02/2011

Aprovado em: 09/05/2011

1 Este artigo é parte de minha dissertação de mestrado, em desenvolvimento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, e vinculada à linha de pesquisa Direito, Constituição e Cidadania.

2 "Jurisdição" é palavra que vem da expressão latina *juris dictio*, que significa dizer "o direito".

3 Sobre as doutrinas ou correntes teóricas do direito, ver, entre outros, Sabadell (2002, pp. 21-47).

do direito não decorre exclusivamente de um procedimento legislativo permitido pela Constituição. Por isso, estudam-se em especial seus aspectos práticos, já que o direito pode ser empiricamente observado por meio do comportamento dos operadores jurídicos, como já assinalou, entre outros, Ehrlich (1986). De acordo com ele (p. 114), o direito se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade: sua criação, evolução e aplicação podem ser explicadas através da análise de fatores, de interesses e de forças sociais. Essa noção é necessária para se entender que nas democracias representativas de corte constitucional, como a brasileira, o direito é criado, inicialmente, pelo Poder Legislativo. Mas, em um segundo momento, são os operadores jurídicos que o criam, como o faz, por exemplo, o juiz, ao proferir uma sentença, posto que tal decisão possui força normativa vinculante para as partes submetidas a seu julgamento. *A priori*, os operadores do direito não o criam, somente o aplicam. Contudo, essa aplicação não é uma atividade isenta de interesses, valores e ideais, e são essas representações que atualizam o direito.

É certo que o direito constitui parte da sociedade, tal como a arte ou a religião, e que a única característica que os diferencia é o fato de caber ao primeiro a administração dos conflitos sociais, muito embora o controle social não seja a única função do direito. Contudo, sua especificidade permite construir a própria vida social, tal como afirma Geertz:

O direito, mesmo um tipo de direito tão tecnocrata como o nosso, é, em uma palavra, construtivo; em outra, constitutivo; em uma terceira, formacional. Uma perspectiva, seja qual for sua origem, segundo a qual a adjudicação passa a ser forma voluntária de disciplinar desejos, ou uma devida sistematização de deveres, ou uma harmônica harmonização de comportamentos – ou que ela consiste em uma articulação de valores coletivos tacitamente residentes em precedentes, estatutos e constituições – contribui para uma definição de um estilo de vida social (diríamos, uma cultura?) tanto quanto o fariam perspectivas que afirmassem que a virtude é a glória do homem, ou que o dinheiro faz o mundo girar, ou que acima de uma floresta de periquitos está uma marquise de periquitos. Essas noções são parte daquilo que a ordem significa; são pontos de vista da comunidade e não seus ecos (1998, pp. 328-329).

Geertz (1998, p. 249) emprega a expressão “sensibilidade jurídica” para designar a justiça em uma determinada cultura. Segundo ele, toda e qualquer cultura tem uma sensibilidade jurídica que pode ou não se aproximar da nossa, mas não é única, nem absoluta. A sensibilidade jurídica seria, então, o complexo de operações utilizado por uma sociedade para relacionar princípios abstratos desse direito.

Trata-se, portanto, de olhar criticamente o direito, e isso é importante porque, mesmo não sendo a única expressão cultural nem o único discurso empregado para regular a vida em sociedade, seu relevo é inquestionável (ainda que analisado somente no âmbito interno), dados o grande número de profissionais formados por centenas de cursos de graduação inaugurados continuamente em todo o país e a quantidade de conflitos sociais recebidos pelos órgãos judiciais, ou, ainda, a crescente especialização das áreas de atuação desses profissionais e das cortes de justiça, principalmente. Além de valorizar o direito, esses fatores o atualizam, assim como orientam as dinâmicas de sua concretização.

Para examinar o local onde ele é operacionalizado, adota-se a noção sociológica que considera o campo jurídico um campo de disputa de poder, um segmento da vida social diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas a serem adotadas, assim como a forma mais adequada de sua interpretação, constituindo campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica, conforme Bourdieu (1989, pp. 209-255). De acordo com o autor, o campo jurídico é

o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (p. 212)

A análise de Bourdieu se concentra nas relações de forças específicas do direito que, além de orientarem sua estrutura, determinam as lutas de concorrência e a lógica interna das obras jurídicas que demarcam o espaço de possibilidades. Um exemplo dessa concorrência é a consagração de

certos autores doutrinários, que se tornam seus porta-vozes⁴ na medida em que vão orientar a formação profissional dos operadores e serão citados em petições, nos discursos dos advogados e até mesmo nas decisões dos tribunais.

Além disso, para Bourdieu (1989, p. 70), o direito é uma construção estruturada e estruturante, cujo sistema de classificação (ou poder simbólico de nomeação) reproduz a luta simbólica do mundo social, que confere ao campo jurídico sua força e o controle sobre quem nele adentra. A nomeação decorre do poder de reinterpretação dos fatos sociais pelos profissionais do campo jurídico, que promovem a adequação dos fatos à norma. Essa reinterpretação é realizada por diversos operadores, cabendo ao intérprete legal um papel secundário se comparado à importância dos doutos e dos juristas. Estes, no entanto, realizam tal encargo de forma peculiar: enquanto os doutrinadores indicam os fatos sociais (em abstrato) que se amoldam às leis, os juízes e tribunais, ao contrário, analisam os fatos (representados concretamente nos processos) apontando a norma conformadora⁵. Logo, as classificações daí obtidas nem sempre coincidem, podendo coexistir interpretações distintas e até antagônicas para o mesmo fato social relacionado a uma determinada norma. Como não existe hierarquia nem submissão entre os diversos intérpretes, resultam dessa concorrência de reinterpretações variadas possibilidades de aplicação pelo campo jurídico.

Embora esta multiplicidade de interpretações gere ricas oportunidades de reflexão sobre a forma específica de construção desse saber, a disputa pelo prestígio de “dizer o direito”, caracterizada pelo dissenso, impede que o sentido ou significado das normas seja compatibilizado tanto pelos operadores do campo jurídico quanto pelos cidadãos, o que implica tratamentos distintos, mesmo quando são idênticas as demandas examinadas (TEIXEIRA MENDES, 2008, pp. 25-30).

Dentre as reinterpretações citadas, a judicial se destaca pelo poder de aplicar o direito atribuído pela lei brasileira aos julgadores, por força do estabelecido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República de 1988, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Quando essa exegese é examinada por reflexões de caráter multidisciplinar, revela representa-

4 Porta-voz, conforme Bourdieu (1996), é a pessoa que, por ser consagrada pelo campo, está autorizada por ele a falar em seu nome. Ainda que haja dissenso no campo sobre determinado assunto, o porta-voz é consenso.

5 Para a doutrina jurídica, a hermenêutica jurídica “é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, o desenvolvimento e a sistematização dos princípios de interpretação do direito”, pela qual o intérprete da norma não está legitimado a criar ou a inventar livremente o que melhor lhe aprover; ao contrário, deve fidelidade à obra original, porque “a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado” (BARROSO, 2010, p. 270).

ções subjetivas e particulares que não são do domínio dos jurisdicionados e, na maioria das vezes, nem mesmo configuram suas expectativas, acarretando, entre outras consequências, o sentimento de insegurança jurídica, como Amorim (2009) já afirmou acontecer com as decisões em torno dos contratos comerciais.

Seguindo esses referenciais e partindo do levantamento de algumas decisões judiciais, buscou-se pesquisar, no âmbito do sistema de justiça criminal (especificamente em uma de suas cortes, os Juizados Especiais Criminais), as representações que atualizam o princípio da legalidade, já que este é considerado princípio reitor que norteia a atividade do Estado. Descobrir essas representações é relevante porque o sistema penal brasileiro é visto como seletivo (ZAFFARONI *et alii*, 2003)⁶ e estigmatizante, constituindo, portanto, campo fértil para a análise do tratamento isonômico assegurado pelo artigo 5º do texto constitucional, que afirma que “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” (BRASIL, 2010, p. 18).

Para o exame aqui proposto foram construídas as seguintes problemáticas: quais representações influenciam as decisões judiciais? De que forma tais representações atualizam o princípio da legalidade? Qual a repercussão dessa atualização para a cidadania brasileira?

A pesquisa a respeito das representações⁷ implícitas na cultura técnica das decisões judiciais se justifica, na medida em que é fundamental para que aspectos importantes do sistema jurídico e judiciário brasileiros possam ser explicitados. Categorias como a da legalidade, entre outras, consagradas pelo campo jurídico como legitimadoras do estado democrático de direito, nem sempre são consideradas por quem possui o poder hegemônico de dizer o direito, o que, conseqüentemente, reflete a naturalização, entre nós, de uma distribuição desigual de justiça.

Para este estudo, o saber jurídico é adotado como objeto e examinado através dos discursos que o orientam (doutrinário, legal e judicial), adotando-se como métodos de investigação a observação participante e a descrição etnográfica das práticas jurídicas realizadas

6 Segundo Zaffaroni *et alii* (2003, p.484), o sistema penal é seletivo e funciona voltado para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora).

7 Emprego o conceito de Moscovici (2003, p. 2), segundo o qual as representações se referem à maneira que os homens pensam, agem e procuram compreender o sentido de suas ações e pensamentos.

pelos operadores do direito⁸. O estudo consistiu, primeiramente, em minha participação como ouvinte nas audiências preliminares realizadas no I e no II Juizado Criminal de Nova Iguaçu, durante o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, ocasião em que realizei os apontamentos sobre a dinâmica dos atos praticados pelas partes envolvidas. A coleta dos documentos não se baseou em nenhum critério de seleção quanto à espécie de crime ou de pena. Não coletei documentos relativos aos procedimentos em que atuei como advogada, para evitar a contaminação da análise por percepções particulares e pessoais. A coleta ocorreu cerca de dois meses após a data das audiências preliminares, pois esse era o prazo em que em geral eram proferidas as sentenças homologatórias. Somente foram coletados os documentos: as assentadas das audiências preliminares, as propostas de transações penais e as sentenças homologatórias relativas a cada etapa do procedimento.

As fontes doutrinárias mencionadas foram selecionadas tendo em vista a consagração dos autores em face de sua frequente citação nas bibliografias de cursos de graduação em direito, o que revela também sua influência na formação profissional desses operadores.

O corte espacial que prioriza os Juizados Especiais Criminais Estaduais de Nova Iguaçu decorre da importância dessa modalidade de corte, promotora do acesso fácil à Justiça, para o sistema judiciário brasileiro (AMORIM, KANT DE LIMA e BURGOS, 2002). O processo judicial desenvolvido por esses órgãos é enfatizado sob a ótica da sociologia do direito e não em seu sentido estrito (uma lide entre duas partes), ou seja, indica-se o conjunto de práticas, atitudes, tradições e instituições que caracterizam o sistema jurídico. Ao mesmo passo, é retirado da antropologia o relevo da descrição etnográfica para informar como se desenvolvem essas práticas e atitudes. Daí porque, como já afirmado, o exercício aqui produzido é uma tentativa de aproximação dessas contribuições sociais com o direito.

A análise documental toma como base o conjunto de 36 documentos extraídos dos procedimentos criminais instaurados naqueles juizados entre janeiro de 2003 e dezembro de 2004. Desse total, é ressaltado o conteúdo de 12 sentenças que contêm um dado

8 Sobre os métodos mencionados, cito, entre outros, Cicourel (1975); Malinowski (1984) e Laplantine (2004).

comum: a imposição da doação de sangue como modalidade de pena. Esses exemplos não são vistos como mera idiosincrasia de um magistrado (que atingiu centenas de jurisdicionados), mas como pretexto para a abordagem dos fundamentos que validam a supremacia judicial na dicção do direito.

Vale esclarecer que esses documentos não contêm os motivos das decisões. Esse fato limitou inicialmente o exame ao aspecto meramente legal e doutrinário em torno da desobediência ao princípio constitucional da fundamentação das sentenças judiciais (contido no artigo 93, IX da Carta). No entanto, decorridos quase dois anos desde a coleta dos documentos, um artigo intitulado “Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida”, divulgado por instituição oficial da Justiça carioca, foi encontrado em um site de busca na internet. Nele, a própria autoridade judicial prolatora das sentenças analisadas expõe seus argumentos justificadores⁹. Como o exame está voltado para as representações implícitas nessa “cultura técnica”, esse material é empregado como complemento do diálogo construído na observação.

No tratamento dos dados foi levado em conta o fato de a prática e o discurso dos agentes que atuam nas instituições judiciárias brasileiras estarem inseridos em nossa sociedade em uma relação de influência e interdependência. Com isso, foram consideradas também as instâncias que, formal ou informalmente, são admitidas no processo de administração de conflitos (KANT DE LIMA, 1995, p. 110), para que se pudessem compreender as representações sociais construídas pelos juízes a respeito daqueles que buscam seus serviços e de seu próprio papel na sociedade.

Embora a teoria geral das representações sociais não se vincule obrigatoriamente a nenhum método, a coleta dos dados foi articulada à análise do conteúdo dos documentos, à observação participativa e à descrição das práticas forenses para que fossem obtidos os resultados aqui descritos, evitando-se, com isso, os equívocos de uma avaliação tendenciosa ou inválida (SÁ, 1998, p. 32).

9 Disponível (on-line) em: www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_penal/doacoes_voluntarias_sangue.pdf, último acesso em 27/05/2009.

Os argumentos legal e doutrinário sobre a jurisdição

Algumas especificidades de nossa jurisdição

O sistema jurídico consiste no conjunto de instituições, processos e normas que fazem parte das tradições jurídicas de uma sociedade. Já as tradições representam o grupo de atitudes ligadas à natureza do direito, seu papel na sociedade e na organização política do Estado (MERRYMAN e PEREZ-PÉRDOMO, 2008). Pois nosso sistema jurídico segue o modelo da *civil law*, de tradição romano-germânica, no qual as leis constituem a principal fonte de produção do direito¹⁰. Nesse modelo, a conformação do Estado como democrático de direito, como estabelece o artigo 1º da Constituição republicana de 1988, determina o destaque à Carta, como lei fundamental e hierarquicamente superior às demais legislações, cujos princípios norteiam todo o conjunto de normas editadas. Tais princípios, enquanto construções normativas fundamentais, servem de alicerce para as demais legislações e levam em conta uma multiplicidade de fatores sociais: produção de bens materiais e simbólicos; relações de poder e de influência; *habitus* social etc.

As leis são organizadas em um sistema denominado ordenamento jurídico¹¹, e seu primado baseia-se no princípio da legalidade, idealmente concebido como “expressão da vontade geral institucionalizada” (BARROSO, 2010), que condiciona a validade de um ato à consonância com a lei – daí porque também é denominado “reserva legal”. Consiste em limitação à atividade do Estado, na medida em que a Carta estabelece a observação do procedimento de criação das leis pelo Poder Legislativo (art. 59), assim como determina a competência legislativa da União para a matéria penal (art. 22, I). Com isso, afirma quais atos são revestidos de validade, fixando o risco da nulidade decorrente de sua inobservância. A razão última desse princípio seria a de assegurar a igualdade (formal) e a segurança jurídica, já que se destina a dar tratamento equânime a todos os cidadãos por meio da fórmula da generalidade e da abstração das leis “a lei é para todos”.

10 Sobre os diversos sistemas jurídicos e suas principais características, ver também Harold Berman (2006).

11 O ordenamento jurídico, de acordo com Bobbio (1999, p. 40), constitui um sistema, “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”. No nosso, essa reunião sistematizada das normas assume, em geral, o formato de codificação (Código Civil, Código Penal, Código Processual Civil etc.).

Ao lado do sistema jurídico, nosso sistema judiciário também se destaca em face de suas especificidades. Apesar da clássica afirmação de que o poder do Estado é uno e indivisível, e que seu exercício ou funcionamento, assim como na maioria dos países democráticos contemporâneos, é realizado por três poderes independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Judiciário e Executivo), os discursos jurídicos doutrinários defendem que, no nosso modelo de Estado, há quase absoluta predominância da estrutura judiciária. Isso é percebido quando o processo judicial é chamado de “garantia das garantias” (GRINOVER *et alii*, 1995), reproduzindo a noção de que os tribunais são percebidos como “guardiões dos direitos consecutórios do direito de liberdade”, contida em Marshall (1967). Afirma-se também que tal predominância decorre de outro princípio, o da judicialidade (*judicial control*) ou judicialista, que atribui aos juízes e tribunais a atividade de aplicar o direito, isso é, promover a jurisdição. Está afirmado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹².

A relevância dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são considerados reitores do modelo de estado democrático de direito, de tal forma que a validade deste se traduz na efetividade daqueles, como afirmam Canotilho (2002, p. 118) e Nogueira (2003, pp. 261-262). No contexto da jurisdição, inúmeros princípios constitucionais regulam seu desenvolvimento, embora este estudo observe apenas os que se relacionam diretamente à abordagem proposta.

Há que se afirmar, inicialmente, que a jurisdição é, em geral, conceituada como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para buscar com imparcialidade a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2003, p. 131). É relevante o fato de que esse conceito já reflete características peculiares da nossa jurisdição, a começar pela intervenção estatal como substituto processual, substituindo as partes, atividade esta que se opõe ao ideal da isonomia previsto na Constituição

12 Em sentido idêntico: NOGUEIRA, 2003, p. 472.

Federal (artigo 5º), como já afirmou Amorim (2009, p. 19). Por outro lado, a referência à pacificação dos conflitos sociais como finalidade última da jurisdição – e não sua administração – indica a forma (negativa) como nossa sociedade entende os conflitos, ou seja, como se não constituíssem um fenômeno inerente às sociedades complexas (TEIXEIRA MENDES, 2008). Essa pacificação acaba gerando um efeito de escamoteação, resultando na devolução do conflito, sem solução, para a mesma sociedade de onde ele se originou, como Amorim *et alii* (2002, p. 36) já apontaram.

Além dessas peculiaridades, nossa jurisdição é orientada por inúmeros preceitos legais (constitucionais e infraconstitucionais), dentre eles o que assegura ao juiz o poder de investigar como os fatos se passaram na realidade¹³, ou seja, cabe-lhe descobrir a “verdade real”, não se conformando com a verdade formal constante no processo. Esse dever se opõe, inclusive, à vontade das partes e está naturalizado no discurso jurídico: “A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 37). Ele decorre da categoria denominada *princípio do livre convencimento motivado do juiz*, que consiste na elaboração da verdade acerca do fato social (também conhecida como verdade jurídica). Por meio dela, o juiz escolhe livremente que prova serve a seu convencimento. Contudo, embora o sistema permita ao juiz valorar as provas, por outro lado também o obriga a fundamentar expressamente os motivos que justificam sua decisão, possibilitando às partes recorrer dela ou não. Esse dever está previsto em norma constitucional (artigo 93, IX, da Carta), segundo a qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões, fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 2010, p. 54). Segundo os doutrinadores, o princípio do livre convencimento do juiz aparece no inciso IX, do artigo 93, da Carta de 1988, muito embora esse dispositivo constitucional se refira somente à publicidade e à motivação das decisões. É no âmbito das leis infraconstitucionais que ele está previsto expressamente. O Código de Processo Penal traz a seguinte redação:

13 Embora parte da doutrina jurídica considere essa atividade uma afronta à necessária imparcialidade do julgador, no âmbito penal a matéria está disciplinada no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal com a seguinte redação: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (...) II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 2010, p. 410).

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2010, p. 579)

Para a doutrina jurídica, o princípio da motivação ou fundamentação das sentenças possui vários aspectos, entre os quais se destacam a necessidade de comunicação judicial; a demonstração do exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, além de sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no artigo 5º da Constituição Federal¹⁴, ocasionando, consequentemente, a imparcialidade do juiz; a publicidade das decisões judiciais e sua respectiva legalidade, já que a independência jurídica do magistrado para decidir de acordo com sua livre convicção se vincula à obrigatoriedade de expressar as razões de seu convencimento, como esclarece Nery Junior (1999, pp. 173-174). Todavia, Teixeira Mendes (2008) comprovou que, na prática, o princípio do livre convencimento do juiz acaba autorizando-o a primeiro decidir para depois buscar no processo as razões que fundamentam sua decisão. De acordo com a autora, o princípio constitui outorga legal da hegemonia de dizer o direito, assegurando aos magistrados uma posição de absoluta supremacia em relação aos doutrinadores e aos próprios legisladores (p. 253), tarefa esta desenvolvida exclusiva e solitariamente pelos julgadores que, apesar de possuírem o domínio institucionalizado do saber, elaboram decisões de cunho particular e pessoal (p. 33).

De acordo com Kant de Lima (2003), a razão de tal outorga se deve ao fato de que “o juiz é visto como um agente extremamente esclarecido, quase clarividente, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro, que descubra não só a verdade real dos fatos, mas as verdadeiras intenções dos agentes” (p. 86). E isso se deve à permanência entre nós das marcas deixadas por uma 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, desde sua origem comprometido com o poder e com as escusas forças que o circundam (LOPES, 2002, p. 277-307).

14 Tal exigência representa uma garantia de justiça quando reproduz “exatamente, como em um 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 de seu caminho o juiz perdeu o rumo” (CALAMANDREI, 2000, p. 175).

Outra característica da jurisdição é seu desenvolvimento por meio de um processo (penal, civil, constitucional etc.), que consiste na reunião de atos, consecutivos e ordenados conforme a lei e produzidos pelas partes nele envolvidas. Contudo, o processo também pode ser visto como instrumento através do qual é possível examinar determinadas práticas que representam a forma de pensar da nossa sociedade acerca do que é justo e daquilo que se pode esperar da Justiça. É essa prática que vai atualizar e reatualizar determinadas questões da sociedade brasileira.

Em geral, o processo se desenvolve em três etapas: a postulatória, na qual se concentram as alegações e os pedidos das partes; a instrutória ou probatória, que consiste na realização das provas e, por último, a decisória (com a prolação da sentença). Assim, as duas etapas iniciais permitem que o juiz tenha conhecimento do litígio para formar sua convicção a respeito do pedido e das provas e, a partir desta avaliação, elaborar sua decisão. Enquanto nas duas primeiras há possibilidade de participação das partes, na última o julgador atua sozinho.

Todas as etapas do processo são regidas pelo princípio constitucional denominado *devido processo legal*, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esse princípio ganha relevo especialmente no processo penal, na medida em que corresponde à imposição de um processo pela iniciativa do Estado (Ministério Público) ou da vítima (ou seu representante legal), ou seja, é devido ou obrigatório, estando vinculado ao interesse da acusação, exclusivamente. Assim, não constitui direito do acusado, como acontece no *due process of law* norte-americano, como Ferreira (2004, pp. 71-72) já indicou. O autor, criticando as doutrinas que defendem a identidade entre ambos os institutos, afirma que é equivocada a forma de aproximar por semelhança institutos provenientes de sociedades diferentes sem se perceber as especificidades histórico-culturais que os envolvem (Idem). A doutrina também afirma que esse princípio acarreta como corolário natural o direito à ampla defesa e ao contraditório previstos no inciso LV do mesmo artigo 5º da Carta, segundo o qual “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” (BRASIL, 2010, p. 79).

Enquanto a ampla defesa constitui o dever estatal de proporcionar a todo acusado a mais ampla e irrestrita defesa – seja pessoal (autodefesa), técnica (efetuada por um profissional, advogado ou defensor público), ou por assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal)¹⁵, entre outras garantias –, o contraditório consiste no direito de as partes praticarem todos os atos destinados a convencer o juiz acerca de suas teses, em igualdade de condições. Contudo, nosso processo penal ainda mantém mecanismos de matiz inquisitorial, como o inquérito policial¹⁶. Em outras palavras, ele conjuga, ao mesmo tempo, procedimentos de natureza inquisitorial e acusatória, o que leva a doutrina majoritária a considerá-lo com feição mista. Todavia, a simples variação semântica não lhe retira o caráter inquisitorial¹⁷, gerando tratamentos diferenciados conforme a etapa de seu desenvolvimento: na fase policial e na fase judicial.

Aspectos legal e empírico do procedimento penal nos Juizados Criminais Especiais Estaduais

Os Juizados Especiais Criminais Estaduais foram instituídos pelo inciso I do artigo 98 da Constituição Federal de 1988 como órgão competente para o processo e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Sua regulamentação somente ocorreu quando a lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, estabeleceu o procedimento ali desenvolvido para o processo e o julgamento das infrações definidas em seu artigo 61¹⁸. Até então, a escolha e a aplicação da pena eram tarefas exclusivas da autoridade judicial, que a registrava em sentença condenatória após todo o trânsito do procedimento acusatório determinado pela lei processual específica (Código de Processo Penal ou leis especiais). Já o Ministério Público – instituição essencial à Justiça por força do que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal de 1988 –, funcionava como órgão de acusação responsável pela instauração do competente processo (artigo 129 da Carta) e pela fiscalização da execução da lei (inciso II do artigo 257 do Código de Processo Penal – decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)¹⁹.

15 De acordo com este inciso, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 2010, p. 392).

16 Nele, “o indiciado não é sujeito de direito... mas sim um objeto de investigação” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 208). Trata-se de um procedimento administrativo realizado pelas autoridades policiais que, em geral, antecede o processo judicial. Está previsto no artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal (decreto-lei nº 3.689, de 03/10/1941), e suas principais características são o sigilo e a inquisitorialidade.

17 Segundo Luigi Ferrajoli (2002), acusatório é todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes, e ao juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete a carga da prova, submetida à defesa em processo contraditório oral e público e resolvido pelo juiz, segundo sua livre convicção. E completa: “Ao contrário, se chama de inquisitivo a todo sistema processual em que o juiz procede de ofício na busca, realização e valoração das provas” (p. 564).

18 A lei de 1995 seguiu a redação do artigo 98, I da Carta, denominando-as de infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, redação dada pela lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

19 Sobre as incumbências do Ministério Público, ver: BRASIL (2010, p. 78; 391). Sobre o conceito e espécies de ação penal, ver Tourinho Filho (2010).

No entanto, ao estabelecer um procedimento específico para os crimes da competência dos Juizados, a lei de 1995 atribuiu mais uma função ao órgão de acusação: o oferecimento da aplicação imediata de pena ao jurisdicionado, sem a instauração do processo penal tradicional. Esse procedimento é denominado *transação penal*,²⁰ conforme a redação do artigo 76 da referida lei, segundo o qual

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 representação referida na lei é um instituto processual que consiste na manifestação da vítima sobre o interesse na instauração da ação penal pelo Ministério Público, podendo ser produzida oralmente ou por escrito. De acordo com este dispositivo legal, somente será aplicada a transação penal quando não for possível alcançar o acordo entre as partes envolvidas no conflito, durante a audiência inaugural (de conciliação), realizada por um conciliador, que em geral é um bacharel em direito. Não havendo acordo e manifestando a vítima seu interesse em dar continuidade ao procedimento, passa-se à oferta da transação penal pelo Ministério Público. Sendo esta aceita pelo jurisdicionado (que em raras ocasiões está acompanhado por seu advogado), o procedimento é encaminhado ao juiz para a homologação (ou não) desta proposta. A homologação é praxe; as exceções ficam a cargo do descumprimento da formalidade prevista no artigo 76 da lei nº 9.099/95.

Durante as audiências preliminares de que participei, percebi que, na prática, a transação penal é formalizada em documento inserido nos autos e apresentada (já confeccionada) ao jurisdicionado pelo Ministério Público ou pelo conciliador, conforme o Juizado, restando ao jurisdicionado somente a possibilidade de aceitá-la ou não²¹. Em outras palavras, quando são oferecidas, as representações do órgão de acusação acerca do fato criminoso e da pena já foram construídas antes mesmo da realização do diálogo com o jurisdicionado. A oferta se operacionaliza com a leitura desse texto previamente redigido, após o que o órgão de acusação enfatiza as consequências nefastas da possível recusa (entre elas, a possibilidade de aplicação de pena

20 O exame pormenorizado dessas transações (as ausências e ambiguidades de tratamento) já foi objeto de outro estudo (ALMEIDA, 2010) e sua descrição aqui tem o fim de enfatizar a estranheza quanto à sua aceitação pela autoridade judiciária.

21 Os termos das propostas de transação penal, assim como os das sentenças homologatórias, constituem documentos individualizados e são inseridos nos autos correspondentes através da técnica burocrática da autuação (a cargo do funcionário do cartório que junta, rubrica e numera as páginas dos processos), comum em toda a Justiça brasileira.

mais severa se “o caso for levado ao juiz”) em tom de advertência (ameaça). São também por ele afirmadas as condições para o cumprimento da pena imposta (duração, espécie e modo de cumprimento). Não é promovida qualquer orientação acerca da possibilidade (direito) de o jurisdicionado pessoalmente apresentar uma contraproposta de seu interesse (como pressuposto do consenso, que, nesse caso e de qualquer forma, se limitaria à aceitação ou não da pena imposta e das condições do seu cumprimento)²². As raras participações nesse sentido são realizadas pelos advogados dos apenados e, mesmo quando efetivadas, não significam sua aceitação, já que predomina o interesse do órgão de acusação.

Como se trata de procedimento realizado ainda na primeira fase do processo, em que não são produzidas as provas sobre o fato imputado ou a culpa do infrator, a oferta da transação penal consiste em imposição de pena, sem o contraditório. Em face desta dinâmica, predomina na doutrina jurídica e na jurisprudência a tese que não reconhece a culpa do infrator quando a transação penal é aceita. Nesse sentido, Grinover *et alii* (1995) e as jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo (apelações APL 992090696815 SP – 36ª Câmara de Direito Privado; APL 994050134750 SP – 8ª Câmara de Direito Privado, entre outras) entendem que por esse procedimento, assemelhado ao *non contendere* do direito italiano, o acusado aceita a imposição da pena somente para se livrar da contenda, não assumindo, portanto, a culpa pela prática do fato criminoso. Esse procedimento rompe com o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, segundo o qual não há pena sem processo judicial. Assim, para ter acesso ao contraditório – e aos meios de provas, inclusive –, o jurisdicionado deve rejeitar a transação, o que gerará a oferta de denúncia pelo Ministério Público e o prosseguimento das demais etapas do processo (probatória e decisória).

Acolhida pelo jurisdicionado (e seu advogado), após sua assinatura e a juntada ao processo, a transação penal é então encaminhada ao juiz. Isolado em seu gabinete e sem ter participado do ajuste entabulado pelo Ministério Público ou realizado qualquer contato com as partes, o juiz homologa ou não o termo registrado. Essa sentença, que confirma a transação penal, ganha ênfase porque gera a extinção do processo após o cumprimento da pena ali estabelecida.

22 Essa afirmação afasta a concepção formulada pela doutrina jurídica majoritária de que a transação penal constitui mecanismo através do qual se estabelece acordo entre o Ministério Público e o jurisdicionado acerca da pena imposta, valendo destacar que alguns autores brasileiros a comparam à *plea bargaining* norte-americana. Sobre a diferença entre os institutos, ver Almeida (2010), Prado (2003) e Amorim *et al* (2002).

Os documentos coletados apresentaram uma recorrente padronização quanto à forma e ao estilo de redação, provavelmente reflexo da agilidade necessária à demanda e ao atendimento do princípio da celeridade, peculiar a esse procedimento. Do total das 36 propostas de transação penal, quatro apresentaram a forma padronizada com espaço em branco (ou pontilhado) para que fossem inseridas as informações sobre o número do procedimento, o nome dos jurisdicionados, a infração penal praticada, a espécie e a quantidade de pena aplicada. Também as sentenças homologatórias seguiram este formato. A transação penal está registrada como “proposta de transação penal”, em documento contendo informações do Ministério Público, responsável pelo ato; a identificação do Juizado Especial Criminal competente; o número do procedimento; o nome do suposto autor do fato (infrator) e o número do documento de identidade dele ou o Cadastro de Pessoa Física (CPF). Em outras palavras, a forma e o conteúdo raramente variaram nas 12 transações penais examinadas. Todas possuíam, além das descrições acima indicadas, a seguinte redação:

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 1050, 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 30/05/2004, 30/06/2004 e 30/07/2004, 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*.

Este texto está presente em todas as 36 propostas de transação penal colhidas. Deste total, 12 apresentaram, logo após esta redação, o seguinte trecho:

O suposto autor do fato e o advogado aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado 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.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não o 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 [no original, grifo em negrito].

É relevante notar que, no que se refere às penas, tanto a lei quanto a doutrina jurídica enfatizam seu vínculo com os princípios da *legalidade* e da *anterioridade da pena*, segundo os quais não há pena sem lei previamente estabelecida (*nulla poena sine previa lege*)²³. São desdobramentos do princípio geral da reserva legal, já que restringem a atividade punitiva estatal (artigo 5º, inciso XXXIX da Carta e artigo 1º do Código Penal), tutelando a liberdade do acusado. Esses princípios geram um subprincípio denominado *taxatividade*, cuja finalidade seria evitar o arbítrio judicial através da certeza da lei, proibindo a utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, assim como o emprego de casuísmos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados ou vagos em matéria

23 Do latim, “não há pena sem lei”. Está previsto no mesmo artigo 5º da Constituição Federal: “XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. E, no Código Penal, artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

24 As penas, em geral, estão previstas no Código Penal (artigo 32 e seguintes) e são: privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Por sua vez, as restritivas de direito são: 1ª) multa; 2ª) prestação de serviços à comunidade; 3ª) limitação de fim de semana; 4ª) interdição temporária de direitos (desdobramento em proibição do exercício de cargo, função, profissão e suspensão de habilitação ou autorização para dirigir veículo); 5ª) prestação pecuniária de gêneros diversos, tais como medicamentos, alimentos etc. (BRASIL, 2010, pp. 284-289).

25 A lei nº.9.099/95 não previu outras penas além daquelas contidas no Código Penal, ao contrário do que, por exemplo, estabeleceu a Lei Antidrogas (nº 11.343/06), cujo artigo 28, nos incisos I e III, prevê a pena de advertência sobre os efeitos das drogas e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou a Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/98), cujo artigo 8º, alínea “a”, prevê a suspensão parcial ou total de atividades da pessoa jurídica que praticar os crimes ali definidos.

26 Essa atividade é regulamentada por leis infraconstitucionais como a de nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre o transplante e remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento, sendo importante ressaltar que todas as normas relativas a essa atividade altruísta impõem como princípio básico a expressa manifestação da vontade do doador.

penal. A taxatividade corresponderia a uma garantia, na medida em que o vínculo do juiz a uma lei autolimitaria seu poder punitivo, e constituiria também uma garantia de igualdade para o jurisdicionado, já que a pena deve ser previamente conhecida por ele (PRADO, 2006, pp. 31-130). Contudo, como a lógica do sistema jurídico está baseada na livre dicção do direito, até mesmo na interpretação desses princípios prevalecem o significado e o alcance que a autoridade judicial lhes der.

Quanto às espécies de penas admitidas nas transações penais, a própria lei nº 9.099/95, em seu artigo 76, optou pelas restritivas de direito²⁴ ou multa descritas no Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), já que o artigo 92 da lei de 1995 determina sua aplicação subsidiária quando seus dispositivos não forem incompatíveis e quando houver omissão do seu texto a respeito das respectivas matérias²⁵, ou seja, a interpretação literal da lei impõe a aplicação das penas contidas no Código Penal. Contudo, na prática, mais uma vez o discurso legal cede passo, como comprovam as transações penais colhidas que contêm pena de doação de sangue, atividade considerada de caráter altruísta pelo texto constitucional (artigo 199):

§ 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. (BRASIL, 2010, p. 95)²⁶

Ressalte-se também que nas transações examinadas, embora haja menção da aplicação de pena de multa e sua substituição pela prestação pecuniária, “consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos”, esta é novamente substituída pela doação de sangue (último parágrafo), sendo tal operação por si só extravagante em relação à substituição admitida no artigo 45 do Código Penal. Contudo, não foi esse o entendimento da autoridade judicial, pois todas as transações examinadas foram homologadas. Os fundamentos dessas decisões são a seguir examinados.

O argumento da autoridade

Entre a legalidade e a legitimidade do argumento

Todas as sentenças homologatórias analisadas apresentaram a seguinte redação:

Vistos (...)

Trata-se de acordo de aplicação imediata de pena não privativa da liberdade, visando por fim a procedimento de infração de menor potencial ofensivo, previsto no artigo 76 da lei nº 9.099/95, instaurado em face de (...)

As partes chegaram a acordo quanto à antecipação da pena.

Do exposto, homologo a transação entabulada e aplico ao autor da infração a pena de multa, com fulcro no artigo 76 da lei nº 9.099/95, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita através da prestação pecuniária (Cód. Penal, artigo 45, parágrafo 2º), consistente na entrega pessoal de bens ou donativos a instituição a ser indicada pela Promotoria da Infância e da Juventude desta comarca, no prazo fixado na assentada de fls. 69 e, em caso de descumprimento, subsistirão integralmente os termos da proposta de multa, no valor total de R\$100,00 ou como forma de prestação alternativa, a doação de sangue, nos termos da transação.

Sem custas, na forma da lei nº 1.050/50.

Anote-se para efeito do § 4º, da lei nº 9.099/95.

PRI [*Publique-se. Registre-se. Intime-se*].

Nova Iguaçu, (...) de (...) de (...).

Juíza de Direito

O emprego do termo “prestação alternativa” não afasta a ocorrência de inovação em matéria penal. A criação da “pena” de doação de sangue, nesse caso, afastou-se das exigências impostas pelas instituições médicas²⁷ e das orientações doutrinárias relativas à contenção de “tipos” penais abertos. Além disso, desconsiderou a limitação da competência do Judiciário para legislar em matéria penal, tanto no que se refere à observância do princípio da reserva legal quanto na obediência ao princípio da legalidade da pena²⁸. A questão que se apresenta, portanto, gira em torno da autonomia e da liberdade judicial na dicção do direito, através das quais se abre espaço para ampliar, reduzir, inserir e retirar conteúdos da lei, esvaziando a utilidade protetora da legalidade.

27 Os autores que tratam do tema (GUTIÉRREZ *et al* 2003, pp. 85-90) e as instituições normatizadoras e assessoras da área de saúde, nacionais (BRASIL, 2002) e estrangeiras (ALLEYNE, 2003, e PERIAGO, 2003, pp. 68-69), são unânimes em relacionar a qualidade do sangue com o doador voluntário ou espontâneo e o que retorna, porque esses indivíduos passaram pela devida seleção clínica e sorológica em doações anteriores, tornando, portanto, a doação mais segura e confiável (GUTIÉRREZ *et al*, 2003).

28 É curioso que ambos os princípios estejam previstos em nossas leis desde o período imperial. Ver Lopes (2002, pp. 287-288).

Ao mesmo tempo, como já adiantado, foi percebida a ausência dos motivos que convenceram o juiz a acolher a pena, sendo tal silêncio contrário à exigência constitucional já citada (artigo 93, IX da Carta; e § 3º do artigo 81 da lei comentada)²⁹, na medida em que obstaculiza o exercício do direito ao contraditório, pois a parte prejudicada pela decisão, em caso de recurso, precisa apontar exatamente qual argumento judicial deseja combater. Dessa forma, os exemplos coletados ratificam a ideia acerca da supremacia de dizer o direito atribuída aos magistrados, tal como Teixeira Mendes (2008, p. 253) já observou.

Para entender como essa supremacia se opera na nossa sociedade é preciso citar Kant de Lima e seu estudo sobre a autoridade pública brasileira, segundo o qual a judicial, principalmente, seria dotada de certa magia, vinculando-se não a uma ideia de igualdade ou democracia, mas sim de poder, de superioridade.

Os procedimentos [jurídicos] brasileiros apontam para o privilegiamento da escrita, da interpretação e da implicitude. O juiz (...) é visto como um agente extremamente esclarecido, quase clarividente, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro que descubra não só a “verdade real” dos fatos, mas as verdadeiras intenções dos agentes. (KANT DE LIMA, 1999)

De acordo com o autor, o direito é um campo fechado e apropriado privadamente por seus operadores, como meio de garantia do *status quo* e da dominação simbólica. O representante da ordem pública é qualificado por sua posição pessoal. A autoridade que deveria representar o canal seguro para o cidadão alcançar seus direitos é vista, ao contrário, como distante e temível, por ser detentora de um grande poder, privilégio de poucos, que consiste no conhecimento do modo de funcionamento do Estado, apropriando-se particularizadamente das informações. Segundo Kant de Lima,

É esse acesso privilegiado que cria, com mérito próprio baseado na teia de relações que cada profissional estabeleceu e/ou herdou, o diferencial que se mostra muitas vezes legitimamente decisivo na vitória ou na derrota das causas, pelo domínio das fontes de interpretação autorizada (Idem).

29 Esse dispositivo prevê que “a sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do juiz” (BRASIL, 2010, p. 989).

Como informamos anteriormente, a ciência dos motivos que *justificaram* a imposição da *pena* citada se deu somente alguns anos depois da coleta das sentenças, quando foi descoberto um artigo divulgado em meio eletrônico. Ora, como essas justificativas não integraram os processos judiciais levantados – apesar da relevância de sua contribuição para esse debate –, elas não atenderam aos interesses das partes.

Dentre as justificativas levantadas, merece destaque a afirmação de que a escolha da pena se vinculou a circunstância alheia aos seus fins³⁰ ou à repressão do crime: as fortes chuvas que atingiram a Baixada Fluminense do estado do Rio de Janeiro acarretaram, entre outros prejuízos, a redução do nível de sangue e hemoderivados no banco de um hospital municipal. O fato teria incentivado a celebração de convênio entre os juizados e a Secretaria Municipal de Saúde (CHAGAS, 2005, p. 1), demonstrando que a indicação da pena não foi iniciativa do Ministério Público (conforme artigo 76 da lei 9.099/95), pois já estava previamente *escolhida* pela autoridade judicial. De um lado, isso põe por terra a certeza quanto ao consenso e à voluntariedade da “manifestação inequívoca do jurisdicionado de doar sangue” e, de outro, confirma também a ilimitação de um poder de matiz autoritário.

Conforme artigo divulgado em meio eletrônico (CHAGAS, 2005, p. 4), para *legitimar* sua atividade, a autoridade judicial se apoiou em exemplo experimentado pelo Juizado Criminal do Estado do Paraná. Mas nosso caso teve vigência curta, graças a decreto de inconstitucionalidade da Primeira Turma Recursal do Rio de Janeiro³¹ face à visível ofensa à integridade física dos infratores. Em que pese o breve período de sua aplicação, seu alcance está representado na quantidade de amostras coletadas neste estudo. Ressalta-se ainda que o decreto de inconstitucionalidade citado não possui força cogente universal sobre todo o Poder Judiciário brasileiro; ao contrário, é casual e específico para a decisão combatida, o que acarreta a possibilidade do retorno dessa pena (e outras semelhantes) em outros casos e juízos.

Essa prática afasta os enunciados legais já expostos, especialmente o princípio da legalidade, e pressupõe a existência de algum fundamento que legitime sua realização³². Nesse sentido, é oportuno lembrar que a relação entre legalidade e legitimidade é muito estreita, pois, como nota Sabadell (2006,

30 Entre as teorias que tratam da finalidade da pena, podem ser citadas: 1) retributiva, que afirma que o fim da pena é a retribuição: ao mal da pena corresponde o mal do crime, conforme Prado (2003, p. 145); 2) da utilidade ou prevenção, que pretende evitar a ocorrência do crime (ver BITENCOURT, 2002, p. 90); e 3) mista, que acumula as duas finalidades anteriores, ou seja, segundo ela a pena teria o fim de retribuição e, ao mesmo tempo, prevenção, de acordo com Marques (2000, p. 109).

31 As turmas recursais integram a estrutura dos Juizados Especiais, enquanto órgãos que reexaminam suas decisões por meio dos recursos especificados na lei 9.099/95.

32 A doutrina jurídica afirma que o princípio da legalidade significa antes de tudo, o respeito ao direito, às instituições socialmente consignadas como válidas por meio do instrumento legislativo, o qual, em regra, é elaborado por pessoas autorizadas e formulado por um processo previamente estabelecido (TOLEDO, 1994). Em outras palavras, esse respeito é fruto da vontade geral e a ela se destina. Ou, como diz Wolkmer (1994, p. 31), “Em uma cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’”.

p. 383), a legalidade cria, sabidamente, efeitos de legitimação. De acordo com a autora, a legitimação caracteriza-se por um processo, uma estratégia de justificação da violência do controle sócio-penal, e a legitimidade pode ser entendida como valor humano em si, por ser decorrente da evolução civilizatória e democrática de uma dada comunidade. Sabadell (2006, p. 114) afirma que não é possível uma legitimidade material que não respeite a legitimidade formal, ou seja, a legitimidade material (justiça) deve sempre pressupor a legitimidade formal, que é o respeito às normas do direito. Dessa forma, a legitimidade difere da legitimação justamente por concordar com a possibilidade democrática de limitação da intervenção dos poderes públicos imposta pelo reconhecimento das convenções paritariamente adotadas por meio de opções políticas que se vincularam aos princípios fundamentais incorporados constitucionalmente para a (re)organização social e a (re)estruturação do estado brasileiro. Um exemplo é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que demanda respeito e responsabilidade de todos³³.

Essa análise é importante porque, mesmo ocorrendo o decreto de inconstitucionalidade da pena (que atingiu somente um caso específico), permaneceu para todos os demais (inclusive os coletados) a legitimação dessa mesma decisão combatida, resultando dessa lógica procedimental um tratamento desigual para os jurisdicionados.

Algumas representações nas decisões judiciais

A análise do discurso judicial permitiu, ainda, levantar representações acerca dos jurisdicionados, reveladas nas inúmeras qualificações a eles atribuídas: “excluídos”; “delinquentes”; “pessoas necessárias”; “trabalhadores dos lixões”; “catadores de papéis” e “aqueles que não tiveram pais declarados nas certidões de nascimento”; pessoas “com autoestima zero”; “miserável população, sem comida, sem saúde, sem terra, sem educação”; “apenados”; “sociedade necessitada” (CHAGAS, 2005, pp. 3, 4, 6, 7, 11 e 13).

Essas representações confirmam a naturalização da existência de dois polos: de um lado, um estágio cultural incivilizado, primitivo, inferior, necessitado e, de outro, um “superior” estágio de cultura e civilização, com vistas a justificar

33 Habermas (1997, p. 479) afirma que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento se legitime por si só, pois o que dá força à legalidade é justamente a certeza de um fundamento racional que transforma em válido todo ordenamento jurídico. Mas como pode a legitimidade surgir da legalidade? De acordo com o autor, a pergunta pela legitimidade da ordem legal não obtém resposta adequada quando se apela para uma racionalidade jurídica autônoma, isenta da moral, mas somente à medida que a legalidade é resultado da criação discursiva e reflexo da opinião e da vontade dos membros de uma comunidade jurídica.

sua supremacia e a validar as medidas pseudoprotetivas. Tais concepções institucionalizadas, longe de reduzir a distância entre os dois polos, reafirmam a dependência e a sujeição do “inferior” ao “superior”. Elas se aproximam daquilo que Neves (2006, pp.18-23) chamou de “interferências extrajurídicas”, ou seja, fatores ou valores estranhos à norma penal que determinam sua incidência mais severa sobre os socioeconomicamente desfavorecidos, os “subcidadãos”³⁴.

Com base nos argumentos citados, também foi possível verificar a hegemonia na dicção do direito sob a justificativa do emprego da técnica hermenêutica. Através do alargamento do alcance e do significado da expressão “prestação social alternativa”, contida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “d”, da Constituição Federal, esta estratégia permitiu que se atingisse o objetivo previamente firmado no convênio com o hospital municipal, validando, assim, as doações de sangue enquanto penalidades, conforme pontuado na seguinte afirmação:

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLVI, letra d, implantou uma nova pena alternativa sob a inédita denominação de “prestação social alternativa”, que consiste, basicamente, na aplicação de uma pena alternativa à da prisão e social, ou seja, que represente um benefício revertido para a sociedade. Frise-se que tal modalidade de pena, muito embora assemelhada, não é igual à pena alternativa da prestação de serviços à comunidade, uma vez que a lei tem por um de seus princípios básicos não conter palavras inúteis.

Em síntese, existem razões, de ordem técnica, para a nova denominação, que consiste, a toda evidência, na criação de uma nova modalidade de pena alternativa à da prisão, quando couber. Por outro lado, a lei também deve ser interpretada dentro das suas letras, sendo certo que a expressão “prestação social” deve ser interpretada tal como já induz o intérprete destes termos: uma obrigação – ou prestação – objetivando um benefício para a sociedade. Desta forma, e com as minhas devidas vêniãs aos que têm o entendimento de que prestações sociais alternativas e prestações de serviços são as mesmas penas alternativas, meu entendimento é diverso, pelas razões simples mas técnicas, que explico, dentro da hermenêutica, concebendo a doação de cestas básicas, bem como as doações de sangue, como nova espécie do gênero das penas alternativas: prestações sociais alternativas. (CHAGAS, 2005, p. 2)

34 De acordo com Neves (2006, pp. 18-23), o termo subcidadãos (subintegrados) refere-se às pessoas que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas são integradas ao sistema como devedores, denunciados, indiciados, réus, condenados etc. Por outro lado, os sobrecidadãos (sobreintegrados) são aqueles que apenas se utilizam do texto constitucional como garantias de direitos e prerrogativas, mas o afastam, sem maiores consequências, quando o texto impõe limites à sua esfera de ação política ou econômica.

Esse modo de interpretar a lei conforme “seu entendimento” confirma o que Harold Berman já mencionou a respeito da jurisdição: as leis são interpretadas por pessoas autorizadas (juristas), que dizem como elas devem ser entendidas e aplicadas (2006, p. 18). No caso específico da jurisdição brasileira, Kant de Lima lembra que a legislação “vale” conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial, que não privilegia, portanto, interpretações literais.

No caso examinado, ao dizer o alcance da expressão “prestação social alternativa” por meio do emprego de representações pessoais e particulares, a atividade judicial aproximou-se de uma forma de *ativismo judicial*³⁵. Contudo, um ativismo às avessas, porque distante do ideário democrático constitucional, como é possível inferir a partir das seguintes justificativas:

(...) as doações de sangue (...) são importantes para que milhares de pessoas, ao invés de serem sepultadas pela morte causada pela falta de sangue, possam sorrir para a vida que então receberão dos delinquentes, que também podem ser úteis, caso optem por esta prestação social. (CHAGAS, 2005, p. 10)

35 O ativismo judicial é entendido como um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Mas essa atuação deve ser predominantemente técnica e imparcial. Nesse sentido, Barroso (2010, pp. 314-315) afirma que os magistrados não têm vontade política própria, pois, ao ampliarem a Constituição ou as leis, estariam concretizando decisões implicitamente adotadas pelo constituinte.

36 Foucault (2003, p. 36), ao versar sobre a relação entre o saber e o poder, afirma que, no saber inquisitorial, “estabelecer a verdade para os juízes era um direito absoluto e um poder divino”. Segundo ele, o Santo Ofício atuou ancorado principalmente no sigilo dos procedimentos e nas escâncaras das confissões.

É interessante destacar que o estigma do “delinquente” (“pessoa inútil à sociedade”) atesta uma seleção baseada em critérios conectados à crença em um poder clarividente de quem julga, já que nos casos levantados não houve prova acerca da culpa dos jurisdicionados, pois o procedimento não chegou a essa etapa. Essa “divindade” pode ser comparada às manifestações encontradas na prática inquisitorial do Tribunal do Santo Ofício (conforme Foucault, 2003)³⁶, revelada no apelo religioso justificador da escolha da pena descrito no seguinte trecho:

Não estou escrevendo este artigo como cristã, apesar de esta ideia “das doações voluntárias de sangue” ter me surgido repentinamente, ao olhar casualmente a imagem do Cristo ensanguentado existente no Santuário de Jesus Cristo Crucificado, em Portos das Caixas, Itaboraí, e acreditar também que nada é por acaso. Mas, mesmo como uma técnica do direito, consegui unir três parcelas da minha personalidade: a cristã, a pessoal e a de juíza de direito! (CHAGAS, 2005, p. 17)

Essas subjetividades afastam a feição democrática do Estado brasileiro, permanecendo nebulosas, casuais e sem poder de convencimento científico as alegações em que estão firmadas. Além de ratificar a naturalização do discurso da desigualdade, denotam concepções ligadas ao próprio papel do julgador, que se qualifica como *protetor* de uma sociedade por ele percebida como débil econômica, social e culturalmente. Dessa forma, a hegemonia do Judiciário na dicção do direito acaba acarretando um ônus exorbitante para o jurisdicionado, à mercê das paixões e crenças pessoais que evidenciam representações, em pleno século XXI, ainda ligadas à sociedade estamental e inquisitorial da época imperial, quando os direitos fundamentais e as garantias individuais não asseguravam uma cidadania igualitária, como afirma Kant de Lima (1995 e 1999).

A forma como nosso direito (constitucional, processual, penal etc.) é aplicado diz muito a respeito de nossa sociedade e sobre a maneira como a própria cidadania brasileira é percebida. Ainda estamos longe de atingir o modelo clássico de Marshall (1967)³⁷ de cidadania universal – tanto para os direitos (aplicados integralmente) quanto para aqueles a que se destinam –, porque estamos presos às concepções dos direitos dos cidadãos, decorrentes de outorga imperial, que não abrangem a todos³⁸, mas visam, em especial, à sobrevivência de privilégios concedidos a segmentos da sociedade.

A lógica inerente ao sistema judicial (especialmente o criminal) está pautada em práticas que atualizam essa desigualdade através do emprego de duas concepções de igualdade conforme o contexto: a formal (formalizada nas leis) e a material (consubstanciada na aplicação da lei), como apontado por Kant de Lima (2003, p. 123). Enquanto a igualdade formal pressupõe um tratamento isonômico irrestrito (artigo 5º da Constituição Federal), a igualdade material se consagra pela máxima de Ruy Barbosa, segundo a qual a regra da igualdade é aquinhoar desigualmente os desiguais (AMORIM *et alii*, 2002).

Trata-se de um paradoxo, porque a isonomia é associada ao princípio da dignidade da pessoa humana (previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal), que veda o emprego de relativismo de qualquer espécie (raça, cor, cultura, credo, posição social, opção sexual etc.). Ou seja, será contrário à dignidade humana “tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto” (SARLET, 2006, p. 119).

37 Thomas Humprey Marshall (1967, p. 67), analisando o caso inglês e sem pretensão de universalidade, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos. Para ele, a cidadania (plena) seria composta pelos direitos civis e políticos (direitos de primeira geração) e pelos direitos sociais (direitos de segunda geração).

38 Essas concepções já estavam presentes na Constituição de 1824, ao estabelecer quem seria considerado cidadão brasileiro, dividindo a população em cidadãos ativos (eleitores) e passivos (não eleitores), segundo critérios de renda, condição social e origem nacional (artigos 6º, 94 e 95). Mas essa restrição não atingia só os direitos políticos, já que reservava-se somente aos eleitores o direito de participar da instituição do júri popular (artigos 151 e 152). Dessa forma, as decisões deste tribunal tenderiam a reproduzir os constrangimentos e o autoritarismo daquela sociedade, como afirmou Lopes (2002).

A naturalização da desigualdade jurídica acaba gerando uma pretensa promoção da tutela jurisdicional do Estado, já que se revela parcial e desigual³⁹.

Conclusão

Embora neste artigo a análise da jurisdição tenha enfatizado as representações contidas na justificativa judicial para a criação de pena não prevista em lei, não esgotando o tema das características dessa cultura técnica, ela levanta alguns aspectos peculiares do nosso devido processo penal, especialmente no que tange ao afastamento de princípios constitucionais, sobretudo o da legalidade.

Subjaz, nas decisões examinadas neste estudo, uma ideologia tendente ao aniquilamento da cidadania do jurisdicionado, verificada na adoção de representações negativas que valorizam conteúdos estranhos ao modelo de Estado adotado pela Constituição Federal, além de manter, ainda hoje, estratégias inquisitoriais e antidemocráticas. Provenientes do órgão judicial, essas decisões integram o conjunto de possibilidades de interpretação da lei, cuja supremacia, determinada pelo próprio sistema jurídico, acaba afirmando que são essas representações que *contam* na administração dos conflitos sociais. Em outras palavras, devido à predominância do sistema judiciário na dicção do direito, as previsões legais que consagram os direitos dos cidadãos são atualizadas por representações distantes de sua literalidade.

Isso é possível porque a sociedade brasileira naturaliza a desigualdade material e, a partir disso, reproduz um sistema jurídico que desiguala (em direitos) para igualar os iguais. Tal situação constitui um dilema para esse sistema, que, produzido no molde europeu (codificado e protetor das igualdades individuais), precisa particularizar a aplicação da lei (já que, afinal, não somos todos iguais perante a lei). Essa particularização não é promovida no sentido de reunir semelhantes, mas, sim, “de acordo com a cara do freguês”: os delinquentes; os excluídos; os trabalhadores dos lixões; os catadores de papéis, e aqueles que não tiveram pais declarados nas certidões de nascimento. Essas representações contrariam o próprio princípio constitucional da impessoalidade (artigo 5º da Carta), de tal forma que, entre nós, a aplicação da lei é sempre pessoalizada.

39 De acordo com Teixeira Mendes (2005, p. 7), ao contrário do modelo de Marshall, que prevê um conceito único de cidadania, no Brasil os estudos que dão conta da especificidade da cidadania apontam a multiplicidade de qualificações que sugerem inexistir universalidade de tratamento. Neste sentido, são exemplos as expressões: estadania, de Carvalho (1995, p. 20); cidadania relacional, de DaMatta (1979, p. 11); os subintegrados, de Neves (2006, pp. 251-258); e cidadania regulada, de Santos (1998, p. 30).

Esse é o dilema com que o sistema jurídico brasileiro vai se debater, desde sua criação até os dias atuais. Criado para ser impessoal (sob a promessa de que todos são iguais perante a lei), ele é responsável pela invenção de fórmulas que vão atualizar, pessoalizando, o princípio da legalidade (como acontece quando cria a categoria da hipossuficiência, quando formaliza o tratamento desigual para os desiguais, quando possibilita o distanciando da interpretação literal das leis, entre outros exemplos). É justamente o distanciamento da literalidade da lei que possibilita a pessoalização da norma. Em outras palavras, o dilema da jurisdição brasileira reside na necessidade de pessoalizar (o tempo todo) a aplicação da norma, até porque nossa sociedade é vista como uma sociedade de pessoas, e não de indivíduos, que oscila entre o modelo igualitário e o modelo hierárquico (DAMATTA, 1979 e 1991). O sistema jurídico – servindo a um e a outro modelo concomitantemente – acaba tentando se justificar a todo o momento diante de paradoxos injustificáveis.

Referências

- ALEXY, Robert. (1993), *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALLEYNE, George. (2003), “La garantía de sangre segura en las Américas”. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Vol. 13.
- ALMEIDA, Vera Ribeiro de. (2010), “Cultura consensual? Exame da transação penal na Baixada Fluminense”. *Revista SJRJ*, Vol. 17, nº 29, pp. 343-366.
- AMORIM, Maria Stella de. (2009), “Conflitos em mercados metropolitanos brasileiros: Consumidores e consumidos”. Trabalho apresentado no XIV Congresso Brasileiro de Sociologia (Grupo de trabalho Cidadania e Reconhecimento), UFRJ.
- _____; KANT DE LIMA, Roberto [e] BURGOS, Marcelo. (2002), “Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: Controvérsias, avaliações e projeções”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, nº 40.
- ANVISA. (2005), *Programa Nacional de Doação Voluntária de Sangue*. Brasília, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Disponível (on-line) em: <http://www.anvisa.gov.br>.
- BARATA, Alessandro. (2000), “La política criminal y el derecho penal de la Constitución”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 29.
- BARROSO, Luís Roberto. (2010), *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, Saraiva.
- BATISTA, Nilo. (2004), *Discursos sediciosos: Crimes, direito e sociedade*, Vol. 13. Rio de Janeiro, Revan.
- BERMAN, Harold J. (2006), *Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo, Unisinos.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. (2002), Manual de direito penal: Parte geral, Vol. 1. São Paulo, Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. (1995), O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo, Ícone.
- _____. (1999), A era dos direitos. Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- _____. (2002), Dicionário de política. Brasília, Editora UnB.
- BOURDIEU, Pierre. (1989), “A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico”. Em: O poder simbólico. Rio de Janeiro, Difel.
- BRASIL. (2010), Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo, Saraiva.
- CALAMANDREI, Piero. (2000), Eles, os juízes, vistos por um advogado. São Paulo, Martins Fontes.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2002), Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra, Almedina.
- CARVALHO, José Murilo de. (1995), Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil. México, Fondo de Cultura Económica.
- CHAGAS, Rosana Navega. (2005), “Doações voluntárias de sangue: Uma alternativa para a pena e para a vida”. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 3, nº 29.
- CICOUREL, Aaron. (1975), “Teoria e método em pesquisa de campo”. Em: ZALUAR, Alba (org). Desvendando máscaras sociais. Rio de Janeiro, Francisco Alves.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini [e] DINAMARCO, Cândido Rangel. (2003), Teoria geral do processo. São Paulo, Malheiros.
- DAMATTA, Roberto. (1979), “Você sabe com quem está falando?” Carnavais, malandros e heróis: Para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.

- _____. (1991), *A casa e a rua*. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar. (1989), *Vocabulário jurídico*, Vol. 4. Rio de Janeiro, Forense.
- DIMOULIS, Dimitri. (2006), *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico*. São Paulo, Método.
- EHRlich, Eugen. (1986), *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília, Editora UnB.
- FERRAJOLI, Luigi. (2002), “Direito e razão. Teoria do garantismo penal”. *Revista dos Tribunais*.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. (2004), *O devido processo legal: Um estudo comparado*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- FOUCAULT, Michel. (2003), *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, Nau.
- GEERTZ, Clifford. (1998), “O saber local: Fatos e leis em uma perspectiva comparativa”. Em: *O saber local*. Petrópolis, Vozes.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães [e] GOMES, Luiz Flávio. (1995), “Juizados especiais criminais: Comentários à lei nº 9.099/95”. *Revista dos Tribunais*.
- GUTIÉRREZ, M. G.; TEJADA, E. S. [e] CRUZ, J. R. (2003), “Estudio de factores socioculturales relacionados com la doación voluntária de sangre em las Américas”. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Vol. 13.
- HABERMAS, Jurgen. (1997), “Direito e democracia: Entre faticidade e validade”. *Tempo Brasileiro*, Vol. 2.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. (1996), *O conceito de direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian.
- KANT DE LIMA, Roberto. (1995), *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: Seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro, Forense.

- _____. (1999), “Polícia, justiça e sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público”. *Revista de Sociologia e Política da UFPN*, nº 13.
- _____. (2001), “Carnavais, malandros e heróis: O dilema brasileiro do espaço público”. Em: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia [e] DRUMMOND, José Augusto (orgs). *O Brasil não é para principiantes: Carnavais, malandros e heróis, 20 anos depois*. Rio de Janeiro, Editora FGV.
- _____. (2004), “Igualdade, desigualdade e métodos de produção da verdade jurídica: Uma discussão antropológica”. Apresentado no Congresso Luso-Afrobrasileiro de Ciências Sociais A questão social no novo milênio, realizado de 16 a 18 de setembro na Universidade de Coimbra.
- LAPLANTINE, Francois. (2004), *A descrição etnográfica*. São Paulo, Teixeira Freitas.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. (2002), *O direito na história: Lições introdutórias*. São Paulo, Max Limonad.
- MALINOWSKI, Bronislaw. (1984), *Argonautas do Pacífico Oriental: Um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia*. São Paulo, Abril Cultural.
- MARQUES, José Frederico. (2000), *Elementos de direito processual penal, Vol. 2*. São Paulo, Millennium.
- MARSHALL, Thomas Humprey. (1967), *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- MERRYMAN, John Henry [e] PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. (2009), *A tradição da ‘civil law’: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.
- MOSCOVICI, Serge. (2003), *Representações sociais: Investigações em psicologia social*. Petrópolis, Vozes.
- NERY JUNIOR, Nelson. (1999), *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

- NEVES, Marcelo. (2006). Entre Themis e Leviatã: Uma relação difícil. São Paulo, Martins Fontes.
- NOGUEIRA, Alberto. (2003), Jurisdição das liberdades públicas. Rio de Janeiro, Renovar.
- PERIAGO, Mirta Roses. (2003), “El fomento de buenos servicios de sangre en la región de las Américas”. Revista Panamericana de Salud Pública, Vol. 13, nº 2-3.
- PRADO, Luiz Regis. (2006), Curso de direito penal brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- PRADO, Geraldo. (2003), Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- REHBINDER, Manfred. (1981), Sociología del derecho. Madrid, Ediciones Pirámide.
- SÁ, Celso Pereira de. (1998), A construção do objeto de pesquisa em representações sociais. Rio de Janeiro, EdUERJ.
- SABADELL, Ana Lúcia. (2006), Tormenta juris permissione: Tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII). Rio de Janeiro, Revan/Instituto Carioca de Criminologia (Coleção Pensamento Criminológico, nº 13).
- _____. (2002), Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (1998), “Introdução à sociologia da administração da Justiça”. Em: FARIAS, José Eduardo (org). Direito e justiça: A função social do judiciário. São Paulo, Ática.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. (2001), Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (2006), Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. (2008), Dilemas da decisão judicial: As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese (doutorado), Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.
- _____. (2005), “Igualdade à brasileira: Cidadania como instituto jurídico no Brasil”. Em: AMORIM, Maria Stella DE; KANT DE LIMA, Roberto; CORRÊA, Cláudia Franco [e] MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Ensaios sobre a igualdade jurídica. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- TOLEDO, Francisco de Assis. (1994), Princípios básicos de direito penal. São Paulo, Saraiva.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. (2010), Processo penal, Vol. 2. São Paulo, Saraiva.
- WACQUANT, Loïc. (2001), Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro, Freitas Rastos.
- WOLKMER, Antonio Carlos. (1994), “Uma nova conceituação crítica de legitimidade”. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, Vol. 5. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- ZAFFARONI, Raúl [e] PIRANGELLI, José Henrique. (2002), Manual de direito penal brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro [e] SLOKAR, Alejandro. (2003), Direito penal brasileiro, Vol. 1. Rio de Janeiro, Revan.