

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. A revisibilidade da composição do dano material estabelecida no sursis processual do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

(*) *Desembargador Honildo Amaral de Mello Castro*

- 1- O Direito Penal Constitucional ante o princípio da razoabilidade.
- 2- A moderna Criminologia e os objetivos político-criminais da Lei dos Juizados Criminais.
- 3- A hipótese do caso tema e a recorribilidade da decisão que disciplina a composição do dano material como condição do *sursis* processual.
- 4- A revisibilidade, pena de elitização do instituto. A conclusão reflexiva do tema.

O Prof. e Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO preleciona “que o Direito se manifesta na sociedade — *ub societas, ibi ius* —” o que não se contesta, mas “a polêmica surge no momento em que se indaga o que é o Direito”, verberando: “o jurista, ao desenvolver o seu discurso, não pode olvidar que a lei deve apresentar (logicamente cumpre considerar) três fundamentos: fundamento lógico-formal (vigência); fundamento social (eficácia); fundamento ético (sentido axiológico). Hoje, o grande esforço do raciocínio jurídico é superar o sentido meramente literal da norma. O positivismo jurídico, infelizmente, ainda produz influência. No Brasil, há tendências de exigir-se lei para tudo, como se o legislador fosse imprescindível para disciplinar todas as relações jurídicas. Deixar a Filosofia para os filósofos, a Sociologia para os sociólogos, lema da orientação técnico-jurídica, confere ao Direito dimensão formal, relegando os antecedentes e a finalidade, dados imprescindíveis para, valorativamente projetar-se, de corpo inteiro, a norma”.¹

A norma de Direito Penal não se esgota em si mesma. É necessário que se viabilize diante de outros princípios, notadamente sob a ótica da constitucionalidade de conteúdo de valores dogmáticos, onde o princípio da isonomia instituído no artigo 5º da Carta Política há de ter sua preponderância no tratamento da igualdade jurídica, segundo a máxima do inolvidável RUI BARBOSA de que igualdade é o tratamento desigual dos desiguais, na medida em que se desigualam.

(*) *Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Diretor da Escola de Magistratura do Amapá.*

Com efeito, destinado ao homem enquanto ser capaz, crime sob o aspecto formal é a descrição de uma conduta acompanhada de sanção, que não é apenas uma característica do Direito Penal, mas comum aos mais diversos ramos do Direito.

O sempre festejado MESTRE CERNICCHIARO, distinguindo definições de fontes do Direito Penal ensina que “a concepção formal sustenta que a lei, exclusivamente a lei, fornece subsídios para o Direito Penal. O Direito Penal e a lei escrita se identificam. É expressão do positivismo jurídico. A concepção substancial contesta esta identidade. Busca as chamadas fontes materiais. Muitas vezes, em contraste com a norma formalizada, expressam determinada cultura. Reúne concepções jusnaturalistas. A lei escrita é insuficiente para, formalmente, expressar o conteúdo do fenômeno jurídico. Busca-se a explicação na realidade histórica, particularmente para definir a legalidade, a legitimidade e a idéia de justiça. A norma jurídica, nessa linha, jamais é isolada da norma cultural. O fenômeno jurídico não é explicado somente pelo legislador, mas em consonância com a perspectiva histórica. Forma-se integração do jurídico com as correntes políticas e filosóficas, ganhando relevo na interpretação as bases escolásticas do existencialismo, dos valores morais, da concepção marxista da história, no nazi-fascismo e mais recentemente na Criminologia, a Criminologia Dialética, a Criminologia Crítica e a Criminologia da Reação Social”.²

Não se pode afastar, hoje, do princípio da razoabilidade interpretativa e da proporcionalidade no Direito Constitucional dentro do chamado princípio do devido processo legal, quer pelo seu aspecto eminentemente processual — PROCEDURAL DUE PROCESS — quer pelo de cunho substantivo — SUBSTANTIVE DUE PROCESS — base do exercício da jurisdição constitucional, que não se excluem, mas se complementam, asseverando LUIZ ROBERTO BARROSO que “de fato, ao lado princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”³, voltada especialmente para a regularidade do processo penal e com o campo de incidência voltada ao contraditório e a ampla defesa.

E, o eminente Professor, dizendo que o devido processo legal traduz a idéia de justiça, de razoabilidade, transcreve os ensinamentos do JUSTICE HARLAN, da Suprema Corte Americana onde afirmou-se os postulados de que o “devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado por referência a qualquer código. O melhor que se pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada”⁴, para, então, afirmar:

“de toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitaram aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.”⁵

Na verdade, a atuação do Estado ao elaborar e colocar no mundo jurídico norma de natureza Constitucional prevista no inciso I, do art. 98, da Carta Política, estabeleceu a sua finalidade absoluta a um novo conceito de justiça para alguns crimes que considerou como de menor potencialidade ofensiva, decorrendo deste princípio maior a orientação legal inserida na Lei nº 9.099/95 de alguns princípios fundamentais elevados aos cânones de seus fins, quais sejam a despenalização, descarcerização, ressocialização, direito da vítima e o *non contedere*.

Da natureza desses conceitos em harmonia com os princípios maiores haverão de ser extraídos não somente os meios adequados, necessários e suficientes para a concretude de uma política criminal que a Criminologia disciplina “...*casí intuitivamente, la esencial relatividad de la noción crimen en el tiempo y en el espacio.*”⁶

Atingir-se-á esse desiderato através da razoabilidade que deve ser aferida do contexto legal e que o PROF. LUIZ ROBERTO BARROSO disciplinou como sendo “a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma reação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” e “de outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é, sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima e nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente”.⁷

De propósito assinalar o pensamento de LUIS RECASÉNS SICHES naquilo que se denominou a lógica do razoável onde, “opondo-se ao emprego da lógica tradicional da dedução lógica, de tipo físico-matemático, no campo do direito, a qual pode produzir neste setor resultados injustos”, assevera: “...o que deve ser aplicada ao direito é a lógica do razoável ou do humano.” Esta “é uma lógica que inspira na razão projetada sobre assuntos humanos, é uma lógica que está permeada por pontos de vista axiológicos, por conexões entre valores e fins, por relações entre fins e meios e que ademais aproveita as lições da experiência humana prática, as lições da experiência histórica, as lições derivadas da vida e que se inspiram na consideração dos problemas práticos, que demandam tratamento justo e eficaz”⁸

É com esse espírito, com a visão de que a norma é destinada à realização de um fim, através de determinados meios considerando os valores fundamentais da organização estatal e onde se despontam os princípios da isonomia e do devido processo legal que se analisará a possibilidade recursal, ou seja a revisibilidade suscitada na questão destacada, pois a “*ratio legis se objetiva e se atualiza. A vida social é fonte dos conceitos jurídicos e não campo passivo de sua aplicação. A lei, obra inconclusa ou incompleta somente adquire plenitude de sentido, após a sua aplicação a um caso singular e concreto.*”⁹

2- A MODERNA CRIMINOLOGIA E OS OBJETIVOS POLÍTICO-CRIMINAIS DA LEI DOS JUIZADOS CRIMINAIS.

O fenômeno da criminalidade é uma constante desde o início dos tempos como conseqüência inevitável da vida em sociedade, de suas normas de convivência estudado pela Criminologia e definida “como a ciência da bondade”, porque procura melhorar o homem, estruturando-se em três disciplinas fundamentais: **antropologia, sociologia e política criminal.**

A política criminal tem nos demonstrado a essencial relatividade da noção de crime no tempo e no espaço. Essa noção de relatividade que se extrai da Lei n.º 9.099/95 quando objetiva descaracterizar não o crime em si mesmo, muito menos o *jus puniendi* da repressão estatal, respeitada a discricionariedade regrada do Ministério Público, mas atribuindo a algumas determinadas condutas a noção de crime de menor potencialidade ofensiva, não para impor uma pena, mas uma repressão antes de tudo despenalizadora, descarcerizadora e nitidamente ressocializadora como capaz de evidenciar uma reprovabilidade àquela conduta, comportamento repressivo que julga suficiente, penso, levado pelos ensinamentos de CESARE BECCARIA quando tratando da graduação das penas delimitou a sua aplicabilidade – “*debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas*” – , para nos ensinar:

“las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado¹⁰ los que creyeron que lo era la intención del que los comete”.

Daí, certamente, nos afirma o Prof. Espanhol ANTÔNIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que “na moderna Criminologia, no entanto, o estudo do homem delinqüente passou a um segundo plano, como conseqüência do giro sociológico experimentado por ela e da necessária superação dos enfoques individualistas em

atenção aos objetivos político-criminais. O centro de interesse das investigações – ainda que não tenha abandonado a pessoa do infrator – deslocou-se prioritariamente para a conduta delitativa mesma, para vítima e para o centro social. Em todo caso, o delinqüente é examinado “em suas interdependências sociais”, como unidade biopsicossocial e não desde uma perspectiva biopsicopatológica como sucedera com tantas obras clássicas orientadas pelo espírito individualista e correccionalista da Criminologia tradicional”¹¹

Esses princípios quanto “à conduta delitativa mesma, para a vítima e para o centro social”, a meu entender, devam ser somados à lógica do razoável de Recásen Siches para nos levar à conclusão da recorribilidade da decisão que impõe ao agente a composição do dano material como condição do *sursis processual*, pois como assevera o Prof. Luiz Flávio Gomes, depois de ressaltar ser muito pobre o modelo clássico de Justiça Criminal, que no “...modelo de Justiça consensual o ponto central é a conciliação. Mas para se alcançar essa meta, será muito importante a presença de um mediador. E esse é o novo papel do juiz. Mediação “é o processo mediante o qual os participantes, junto com a assistência de uma pessoa ou pessoas neutras, isolam sistematicamente os problemas em disputa com o objetivo de encontrar opções, considerar alternativas, e chegar a um acordo mútuo que se ajuste às suas necessidades”(cfr. Floberg e Taylor, 1992, p.27). Na base da mediação e da solução para cada caso, está, como se percebe, o senso de responsabilidade dos participantes. Como bem expõem os autores citados, os objetivos da mediação são :a) a preparação de um plano para o futuro, que os participantes podem aceitar e cumprir; b) a preparação dos participantes para que aceitem as conseqüências das decisões; c) a redução da ansiedade e outros efeitos negativos do conflito mediante a ajuda aos participantes para que cheguem a uma resolução consensual (1992, p. 27).(Cfr. Suspensão Condicional do Processo Penal, Ed. RT, 1995, pág. 163-4)

Esses os objetivos político-criminais contidos na Lei dos Juizados Criminais que devem, antes de tudo, ser elaborados dentro das possibilidades reais de cumprimento da imposição legal. Contudo, sem que se observe esses princípios, estará desnaturado o instituto na sua essência.

3- A HIPÓTESE DO CASO TEMA E A RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DISCIPLINA A COMPOSIÇÃO DO DANO MATERIAL COMO CONDIÇÃO DO *SURSIS PROCESSUAL*.

Dispõe o art. 74 da Lei 9.099-95 que “a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente”, mas não menos verdadeiro que o art.

62 ao estabelecer os seus critérios norteadores afirma não uma condição, mas uma possibilidade de reparar os danos, *in verbis*: “...objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima...”, enquanto no **art. 72** estabelece que “...o **Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos ...**” no inciso **I do § 1º do art. 89** eleva a reparação do dano não ao cânone da imposição, mas consagra a possibilidade, assim a condicionando: “...salvo impossibilidade de fazê-lo”

Assim, a reparabilidade do dano material para o fim de concessão do *sursis processual* não é condição de obrigação, de império, mas de possibilidade, esta podendo ser entendida ou compreendida como ato de suportabilidade do obrigado.

Da análise mais profunda dos dispositivos comentados, vislumbra-se contradição entre as normas do art. 74, quando fala em irrecorribilidade, em face ao inciso IV, § 3º do art. 89 quando tratando da revogabilidade do *sursis processual* expressamente admite que o não pagamento do dano material civil somente será causa da suspensão concedida quando “...sem motivo justificado”. *Contrariu sensu*, sendo justificado o motivo, este elemento não pode ser causa para a sua revogabilidade.

A hipótese do caso concreto é a seguinte: cidadão processado por crime de menor potencialidade ofensiva perante juízo comum, aceitou o *sursis processual* onde se estabeleceu uma pensão vitalícia a favor da mãe da vítima, restando homologada com trânsito em julgado. Posteriormente, a pessoa obrigada, alegando que o cumprimento da obrigação excessivamente arbitrada afeta a sua segurança e a de seus filhos, tomando impossível o seu cumprimento, pede a sua exoneração ou sua redução.

A *voexata quaestio* reside em se saber como compatibilizar a modificação da condição imposta na concessão do *sursis* para a reparabilidade do dano se a sentença é irrecorrível e a norma que condiciona que esta suspensão é composição de dano material - somente pode ser revogada quando não cumprida sem motivo justificado.

Penso, que a solução há de ser buscada nos estudos das normas fundamentais previstas na Constituição Federal, segundo a interpretação da lógica do razoável e com o objetivo da moderna Criminologia, face aos princípios já referidos, em plena consonância com a norma inserida no § 2º do art. 89 da Lei n.9099-95 quando estabeleceu o princípio da adequação ou da proporcionalidade para que as outras condições (fixadas pelo juiz) sejam “adequadas ao fato e à situação do acusado”, afirmando o Prof. Luiz Flávio Gomes que “o princípio da adequação, aliás, está para a suspensão, como o princípio da individualização está para a pena. O que o legislador quer, em suma, é que haja proporcionalidade entre o fato e o seu autor, de um lado, e as condições da suspensão do outro. O significado desse princípio é muito maior do que aparenta. Dá a impressão, numa leitura rápida da lei, de que só deve estar presente nas “outras” condições. Nada mais incorreto. Todas (qualitativa e quantitativamente) devem se ajustar ao princípio da adequação (ou proporcionalidade) sob pena de flagrante injustiça”(Ob. cit. pág. 182)

Por seu turno, os eminentes professores Ada Pellegrine Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes no estudo dos Recursos no Processo Penal põem em relevo os conceitos do princípio da justiça com o da certeza jurídica. Aquele sob a ótica de quanto mais se examinar uma decisão, mais possível será a distribuição da justiça; este impõe a brevidade do processo, sem procrastinações inúteis, para concluir que a preocupação do sistema moderno é o de conciliar os dois, garantindo o duplo grau de jurisdição. (Cfr. Recursos No Processo Penal, Ed. RT 1996, pág. 21).

Tem-se, assim, que estando o duplo grau de jurisdição instituído como garantia fundamental de boa justiça, previsto no art. 8, n. 2-h, da **Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – do qual o Brasil é signatário e o ratificou**, e não venha expressamente delimitado no nosso vigente Ordenamento Constitucional, não perde a sua certeza de princípio constitucional como norma constitucional implícita segundo os ensinamentos dos eminentes PROFESSORES GRINOVER, GOMES FILHO e SCARANACE FERNANDES:

“mas apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior que, como as anteriores, prevê não apenas a dualidade de graus de jurisdição, mas até um sistema de pluralidade deles. Pode-se afirmar, assim, que a garantia do duplo grau, embora só implicitamente assegurada pela Constituição Brasileira, é princípio constitucional autônomo, decorrente da própria Lei Maior, que estrutura os órgãos da chamada jurisdição superior. Em outro enfoque, que negue tal postura, a garantia pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade, pelo qual todos os litigantes, em paridade de condições, devem poder usufruir ao menos de um recurso para a revisão das decisões, não sendo admissível que venha ele previsto para algumas e não para outras. Uma terceira colocação retira o princípio do duplo grau daquele da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Público. Seja como for, um sistema de juízo único fere o devido processo legal, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático. E a partir de 1992, pela ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal, mediante a norma do art. 8, n. 2-h do Pacto, que assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

E, mais:

“hierarquicamente, os dispositivos da Convenção Americana colocam-se no mesmo nível das regras constitucionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º CF – (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte)”.¹²

Desses princípios nasce uma conclusão: a regra contida no art. 74 da Lei nº 9.099/5 é manifestamente inconstitucional.

Embora assim também pense, não questiono que o princípio do duplo grau de jurisdição se esgote nos recursos cabíveis, uma única vez, como seu limite, seja pela pacificação social, seja pela estabilidade da ordem jurídica. Contudo não o vejo apenas no sentido literal do vocábulo. Entendo-o mais amplo, elevando-o ao cânone da recorribilidade segundo os princípios do Código de Processo Penal, sob pena de não se atender ao cumprimento do princípio consagrado no Pacto de San Juan, fazendo-o letra morta.

Não se pode esquecer, no desenvolvimento da reflexão a que se propõe neste trabalho, é de que o ato jurisdicional que defere a transação no juizado criminal é uma verdadeira sentença – art. 76, § 5º – , de natureza condenatória imprópria porque não gera efeitos naturais como a reincidência, rol de culpados, antecedentes. Da mesma sorte, o ato jurisdicional que defere a transação no *sursis* processual é uma decisão interlocutória, como força definitiva porque sobresta o andamento do processo, cabendo nos precisos termos do art. 593, inc. II, do Código de Processo Penal, recurso de apelação.

Em verdade, depreende-se do caso tema que o d. Ministério Público ao disciplinar as condições para o cumprimento do *sursis processual* o fez de maneira impensada estabelecendo obrigação desproporcional à capacidade do agente, inviabilizando indiretamente, dessa forma, a possibilidade de sua composição, pois certamente não pesquisara a capacidade da parte obrigada quanto à possibilidade de cumprimento da condição estabelecida no campo indenizatório.

Houve-se o equívoco com o beneplácito do Magistrado a quem competiria viabilizar, na concretude da condição de composição, a solução de um problema social. Inseguro quanto aos limites, deveria submeter às partes ao juízo comum porque é esta composição mera possibilidade e não obrigação impositiva para a concessão do *sursis* processual.

Esqueceram-se os sujeitos intervenientes, Promotoria de Justiça e Magistrado, o que GRINOVER E OUTROS nos ensinam como aquela nova visão e postura que devam ser adotados na aplicabilidade do novo Instituto: **“o novo papel dos operadores do direito”, “dentro do modelo consensual de Justiça Criminal a preocupação central não é só buscar a decisão (formalista) do caso, senão sobretudo uma solução para o conflito. E os operadores do direito (juizes, promotores, advogados etc.), além da necessidade de se prepararem para a correta aplicação da lei, devem também estar atentos para o desempenho de um novo papel: o de propulsores da conciliação (transação) no âmbito penal. Essa nova postura metodológica, como acertadamente proclamou Walter Ceniva, “pede mudança de mentalidade”” (in Juizado Especial Criminal, Ed. RT, 1996, pág.205)**

A inobservância desse princípio em procedimentos judiciais ao invés de contribuir para a solução do conflito, o agrava ante o *error in procedendo* de que são portadores, e por isso mesmo haverá a possibilidade legal da sua revisão, porque como afirma Luiz Flávio Gomes a **“finalidade primeira deste Juizado Criminal é a de evitar a estigmatização da sentença penal condenatória tradicional”** (Ob. cit. pág. 138), admitindo-se a sua revisibilidade quando desprezado e ignorado, porquanto

“...sendo a garantia do duplo grau de jurisdição princípio inerente ao Estado de Direito, enquadrável no “devido processo legal” se da decisão de primeiro grau não couber recurso, ficará sempre aberta ao interessado a via das ações autônomo de impugnação, que nesse caso funcionarão como sucedâneo do recurso: ou seja, o habeas corpus ou o mandado de segurança contra ato jurisdicional” (cfr. Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, ob. cit. Pág. 37), ou seja mesmo por um dos recursos previstos no Ordenamento Processual Penal, seja pela construção jurisprudencial face à manifesta inconstitucionalidade do art. 74 da Lei dos Juizados Criminais Especiais ou, finalmente, pelos previstos na chamada Lei de Execução Penal.

A irrecorribilidade, portanto, se apresenta manifestamente inconstitucional. Inexistisse o trânsito em julgado, o recurso seria o de apelação contra a sentença, certo de o ato jurisdicional que defere a transação no Juizado Criminal é uma verdadeira sentença, ainda que de natureza imprópria porque não gera os efeitos naturais da reincidência, rol de culpados, como se infere do disposto no § 5º do art. 76 do novo Estatuto.

Penso, entretanto, dentro do enfoque da questão tema, por ter operado o trânsito em julgado da sentença homologatória, a situação é mais complexa, embora não esteja excluída a revisibilidade e aqui reside a *voexata quaestio*.

Visualizo que na hipótese, a parte beneficiária da transação da reparação do dano civil poderá executar no juízo cível o seu crédito, se esse for o seu interesse, observando-se a competência.

Contudo, a revogabilidade do *sursis processual*, pelo descumprimento de uma de suas cláusulas-condições, ou seja pelo não pagamento do dano material há de ser

discutido perante o Juízo que o estabeleceu, cuja competência vejo como preventa, porquanto ficará o processo apenas paralisado no aguardo do transcurso temporal estabelecido do período de prova.

Entendo a parte obrigada, a quem se estabeleceu o *sursis* processual, como titular do direito de não ficar esperando qualquer procedimento executório, de natureza cível, nem de aguardar seja instaurado o processo de revogação da referida suspensão processual.

Poderá, obviamente em especialíssimos casos, e principalmente quando decorrente de *error in procedendo* na imposição de um dano indenizatório acima de suas possibilidades pessoais, antecipadamente solicitar a revisibilidade da cláusula de impossível cumprimento, pedindo a sua exclusão e ou atenuamento, no exercício do devido processo legal, infra analisado.

Seria, em verdade, uma espécie de revisão criminal.

Não ignoro a ausência de previsibilidade codificada, nem a proibição do art. 74, que a vejo como inconstitucional, cerceadora do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Por isso mesmo a questão posta para reflexão é justamente esta: como compatibilizar a aplicação do direito maior, de natureza constitucional, em caso de erros e ou de injustiça material de forma a não elitizar o instituto do *sursis*, fazendo a justiça insita do Instituto que pode ser resumida na despenalização e descarcerização.

Creio, que pouco importa o *nomen iuris* que se atribua ao exercício deste direito Constitucional, sendo preferível o de “revisão de *sursis* processual” a ser exercido perante o Juízo Criminal que o sancionou e não perante o Juízo da Execução Penal, porque não se trata de pena, devendo ser estabelecida a relação jurídica processual em autos em apenso, ainda que por analogia ao Procedimento Judicial mencionado nos artigos 194 e seguintes da Lei n.7.210, de 11-7-84, Lei de Execução Penal, cabendo da decisão monocrática recurso de agravo - art. 197 - ao Tribunal competente para conhecimento da ação relativa a sentença homologatória constituída.

Inobstante possa ser entendido que a reparação do dano não seja condição da concessão da suspensão, mas sim condição da extinção da punibilidade, na verdade quando imposta como uma das condições da suspensão processual o seu não cumprimento levará a revogação do *sursis*, caso haja reclamação ou denúncia prévia - o que é previsível -, seja à final quando da extinção da punibilidade marco para comprovar o seu cumprimento, ainda que seja parcialmente como na hipótese de prestações que ultrapassem o número de meses do período de prova.

Ora, se a essência da reparabilidade do dano é vista também como ressocialização do obrigado, ou como demonstração da preocupação com a vítima, figura até então

sempre esquecida no Direito Penal, essa sanção há de ser compatível com a sua possibilidade financeira.

Excedida a penalidade por *error in procedendo*, por descompasso da atividade das partes envolvidas no processo, resta desrespeitada a *ratio legis* da ressocialização, da descarcerização e da despenalização do instituto da suspensão processual, além de ser uma intolerável injustiça procedimental, que haverá de ser equacionada através do direito à sua revisibilidade, que se justifica também ante a sua natureza jurídica que o Prof. Luiz Flávio assim conceitua:

“mas a suspensão condicional do processo é instituto de natureza processual ou penal? É processual e tem reflexos na extinção da punibilidade. Logo, é penal também. Tem seu lado processual (porque implica o sobrestamento do feito) e tem também sua face penal (porque esse sobrestamento pode levar à extinção da punibilidade. É instituto misto)” (Ob. cit. pág. 152).

Inadmitida essa forma procedimental, haverá de ser a revisibilidade aceita através de ação autônoma do *habeas corpus* ou mandado de segurança, de natureza constitucional, que não podem ser vedados por nenhuma lei infraconstitucional quando presentes os seus pressupostos.

4-A REVISIBILIDADE, PENA DE ELITIZAÇÃO DO INSTITUTO. A CONCLUSÃO.

Em não se admitindo esta revisibilidade, ignorando-se até mesma a implícita permissibilidade contida no § 3º, do inciso IV, do art. 89 da Lei 9.099-95 surgem duas outras questões de natureza constitucional. Uma, porque nenhuma lesão poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, a teor do art. 5º, inciso XXXV, e a outra, mais grave, porque estaríamos elitizando o *sursis* processual ao economicamente rico, quando todos são iguais perante a lei, art. 5º, desde que na mesma situação fático jurídica.

Elitizar-se-ia o instituto, porque ao acusado, economicamente pobre, que não pudesse cumprir a composição do dano material, abusivamente imposto pela Promotoria de Justiça e admitido pelo Magistrado como na hipótese, somente restaria o instituto da revogação do *sursis* pelo não cumprimento da obrigação indenizatória e submeter-se ao julgamento do processo criminal, correndo risco de até mesmo sofrer a uma condenação. Sofreria o estigma de uma condenação ou de um processo apenas e exclusivamente pela sua condição econômica financeira, o que se desejou evitar ao se editar a chamada Lei dos Juizados Criminais Especiais.

Enquanto, ao mais abastado financeiramente, esta situação não se concretizaria, livrando-se apenas pelo poder econômico da estigmatização de uma sentença de natureza penal, embora um e outro cometesse ilícito penal de menor potencialidade ofensiva, passíveis a uma mesma repressão estatal.

Assim, dentro de uma situação fático jurídica, estar-se-ia dispensando tratamentos diferenciados em razão da situação econômica-financeira de um e outro, o que a meu ver se mostra inconstitucional, pois como sustentam GRINOVER, GOMES FILHO, SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO “estamos convencidos da impossibilidade de uma segunda proposta de suspensão, dentro do mesmo processo. Depois de iniciada a instrução (v. comentários às notas introdutivas à Seção II, supra), considerando-se as denúncias oferecidas após o advento da lei, torna-se impossível a suspensão do processo” (Ob. cit. Pág.213)

Em assim permitindo, o Magistrado estará sancionado incomensurável injustiça repudiada pela norma constitucional e que o professor Argentino JUAN M. FARINA, respondendo a indagação do que seja Justiça, nos ensina que

“qualquer que seja o sistema político que uma Nação adote (salvo os totalitarismos) expressa CRIPPA GARCÍA se firma no império da lei em uma coincidência que faz necessário ao funcionamento de um Poder Judiciário eficaz, independente e probo, ao qual se possa recorrer o mais humilde dos cidadãos com a segurança de que se fará justiça. Para que a democracia seja efetiva e não simples declaração “deve haver leis justas, mas — mas importante todavia para que ela seja realidade — deve haver juízes justos, juízes capazes de resistir às pressões do poder político, às tentações do poder econômico e às ameaças do poder militar, às do revolucionário e do terrorista, conscientes de que sobre ele pesa a imensa responsabilidade de criar, em cada caso, essa igualdade de que falam as leis, e que sem uma justiça eficiente é letra morta. Subestima-se, às vezes grosseiramente, a egrégia função de administrar justiça que é sem dúvida, suprema, porque “se pode viver sem riqueza, sem beleza e até mesmo sem saúde, mas não se pode viver sem justiça, ainda que o sonho de justiça constitua provavelmente o sustentáculo primordial da paz social. Por ela é essencial que ponha cada vez mais a atenção nas qualidades pessoais e nos requisitos que deve reunir o juiz na sua vocação para o cargo.”(tradução literal deste Autor, do texto em espanhol. Cfr. “Justicia Ficción y Realidade”, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 13)

E na continuidade dos seus ensinamentos ao tratar do tema da humanização da aplicação do direito para dar-lhe o seu verdadeiro sentido, verbera o eminente Professor:

“el Derecho va dirigido al hombre concreto, no a una abstracción. “La justicia muere... há dicho A. J. HESCHEL... cuando se deshumaniza, independientemente de la actitud com que se practique ... La lógica del derecho puede parecer impersonal, pero el interés por la justicia es un acto de amor”(ob.cit. p. 219).

Há que se fazer justiça. Omissa a lei, buscam-se nos princípios maiores da Nação os fundamentos para a sua aplicação desprezando-se a *mens legislatoris* contida no diploma legal, porque podem induzir a erros, daí porque certamente afirma o PROFESSOR JUAN M. FARINA: “A los tribunales no les interesa la psicología de los miembros del poder legislativo, ni por qué cada uno votó como lo hizo, ni lo que pensaba en aquel momento; y no porque las actas no hayan recopilado los datos históricos suficientes, sino, sobre todo, porque muchos hechos históricos acerca del poder legislativo no tienen nada que ver con lo que debe constituir el interés del tribunal al interpretar la legislación en un momento distinto y em circunstancias no imaginadas por el legislador.” (ob.cit. p. 295).

Lúcidos são também os ensinamentos do PROFESSOR SÉRGIO FERRAZ ao afirmar: “em suma, na iluminada lição do Ministro Marco Aurélio (Recurso Extraordinário n.º 167.877/1) no Supremo Tribunal Federal, sem bem é verdade que, no exercício do ofício judicante, ao juiz “cumpre idealizar, para a controvérsia, a solução mais justa possível”, após tal labor, impor-se-á que prossiga, “adentrando a dogmática com o fito de respaldá-la”.¹³

Com esses fundamentos mas com o espírito de apenas trazer a reflexão sobre o tema, concluo quanto a possibilidade de revisibilidade da sentença homologatória da composição dos danos materiais previstas no artigo 89, da Lei 9.099/95 a despeito da norma do art. 74, da mesma Ordem Jurídica, em casos especialíssimos, face a sua natureza consensual, quando restar evidenciado o *error in procedendo* no estabelecimento das condições, ou estas, por causa superveniente de sua imposição vitalícia, venham se modificar, tornando-se impossível o seu cumprimento pelo obrigado, desnaturando dessa forma o instituto e tratando diferentemente os iguais face a elitização em razão do poder econômico.

Macapá, AP, maio de 1.998

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ Indicações Literárias, Rev. da CEJ, Brasília, v. 1., n. 1, p.101.
- ² Miguel Reale Jr., Parte Geral e Tipicidade, SP, Rev. Trib. 1988, p.23-4. Cfr. Luiz Vicente Cernichiaro, in Direito Penal na Constituição, Ed. RT, 3ª Ed., pág. 16.

- ³ Carlos Roberto de Siqueira Castro, *o Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, ed. For., RJ, 1989, p. 3. Cfr. Luiz Roberto Barroso, in “ Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito Constitucional, *Revista Forense*, vol. 336, p. 125.
- ⁴ Voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381, US. 479 (1965)
- ⁵ Luiz Roberto Barroso, ob. cit. Pág. 126.
- ⁶ Miguel Langon Cuñarro, in *Criminologia, Historia y Doctrinas*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez, Montevideo, pág. 13
- ⁷ *Idem*, pág. 129-39
- ⁸ *La Naturaleza del Pensamiento Jurídico*, p. 455. Cfr. Christiano José de Andrade, *Interpretação Jurídica*, E. RT, 1992, p.80.
- ⁹ Luis Recaséns Siches, *La Nueva Filosofía...* p. 66 e 309. Miguel Reale, *Estudios*, p. 63. Cfr. Christiano José de Andrade, *Interpretação Jurídica*, E. RT, 1992, p.149.
- ¹⁰ *De los delitos y de las penas*, Ed. Alianza Editorial Madrid, 1994, capítulo 6, pág.35-6)
- ¹¹ *Criminologia. Uma introdução a seus fundamentos teóricos*, Tradução de Luiz Flávio Gomes, in RT , 1992, pág. 38.
- ¹² Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes. *Recursos no Processo Penal*, Ed. RT, 1996, pg. 23-4
- ¹³ Sérgio Ferraz. “Direito e Justiça: Um compromisso. Breves Anotações”. Pub. In *Revista Jurisprudência Mineira*, vol. 137-8, pág.23).