A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL E O PAPEL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

THE CRIMINAL SYSTEM'S LEGITIMACY CRISIS AND THE RULE OF CRIMINAL SPECIAL COURTS

*Janaína Rigo Santin**

RESUMO: O artigo aborda a crise de legitimidade do sistema penal brasileiro, o qual não consegue cumprir com as finalidades para o qual foi instituído: a segurança jurídica. A Lei n.º 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais, foi aprovada com vistas a uma política de despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo, com vistas a substituir a pena privativa de liberdade por penas alternativas. Tenciona-se desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e a repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional e, ao mesmo tempo, adotar estratégias para superar a seletividade do sistema criminal, importante fator na crise de legitimidade do sistema penal e do Poder Judiciário em sua totalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados criminais. Penas alternativas. Seletividade. Sistema penal.

ABSTRACT: This article brings an approach about the legitimacy crisis in the Brazilian criminal system, which no longer manages to fulfill its main goal: the juridical security. The Criminal Special Court's Law (nº 9.099/95) was approved aiming to change and reduce the punishment crimes with less offensive potential, using alternative punishments instead of liberty privation penalties. The goal is to avoid the massive number of cases in the Criminal Justice, so it can effectively drive its efforts on fighting and penalizing the serious criminality instead of the less offensive crimes. To do this, it is necessary to keep an efficient penitentiary system and, at the same time, to use strategies aiming to overcome the criminal system selectivity, which is a relevant cause of the criminal system's legitimacy crises, as well as in the Judicial Power, if considered in its context.

KEYWORDS: Special Criminal Courts. Alternative punishments. Selectivity. Criminal system.

* Pós-doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bolsista CAPES Processo BEX n. 5199/09-3. Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Advogada, Professora do Mestrado em História e da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito da UPF. E-mail: janainars@upf.br

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da criminalidade vem crescendo de forma alarmante nas últimas décadas no Brasil. O problema da segurança pública é algo que assola não apenas as grandes cidades e metrópoles, mas toma proporções assustadoras, abrangendo também pequenas cidades e até o campo. Os investimentos públicos no setor da segurança são pautas sempre presentes nos planos políticos dos representantes, mas na prática mostra-se difícil a concretização das políticas planejadas para os quais foram eleitos. Faltam recursos, falta pessoal capacitado e especializado para lidar com a criminalidade e faltam, especialmente, penitenciárias para resolver o problema da superlotação dos presídios brasileiros.

Entretanto, a questão da segurança pública não é apenas um problema político. É também um problema jurídico. O Código Penal e de Processo Penal já não se mostram eficientes no combate da criminalidade e na manutenção da ordem social. Há uma grande burocracia, morosidade e ineficiência para lidar com crimes pequenos e interpessoais, para o qual grande parte dos tipos penais previstos no Código Penal foram destinados, e uma enorme dificuldade processual em identificar, reprimir, combater e punir a criminalidade organizada, o narcotráfico e todos os crimes dele decorrentes e o *crime de colarinho branco*. A persecução penal também é dificultada, pela falta de defensores públicos que possam garantir o constitucional direito de defesa de grande parte daqueles que são submetidos à Justiça Penal.

A Dogmática, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito Penal, desenvolveu um sistema de conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de “garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais”. (ANDRADE, 1994, p. 125)

Ela promete estabelecer equilíbrio, limitando a violência e promovendo o simbolismo da segurança jurídica, sendo esta a sua função, a racionalização da aplicação judicial do direito penal, conferindo ao julgador o instrumento conceitual necessário para legitimação de sua decisão, convertendo as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.

O discurso ideológico do sistema penal contribui para a assimilação das funções declaradas, e a operacionalização da Dogmática Penal se dá mediante a criação de um estereótipo de criminoso e da valorização desmedida de determinados tipos de crimes, a fim de ocultar os denominados *crimes de colarinho branco* e a *criminalidade organizada*, delitos esses de muito maior gravidade e âmbito de abrangência, mas que não são cometidos pela clientela do cárcere.

Dessa forma, necessário se faz propor alternativas para que o sistema penal possa efetivamente combater a criminalidade de grande porte, cujos bens jurídicos violados

agredem muito mais a sociedade, adotando-se medidas alternativas para combater a criminalidade de pequeno e médio porte.

Nesse sentido foi aprovada a Lei n.º 9.099/95, a qual faz parte da corrente do Direito Penal Mínimo, defendendo uma política de despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo, combatendo a falência da pena privativa de liberdade, a qual já não consegue, por si só, a ressocialização do apenado, nem contribui para diminuir a criminalidade. Busca-se, portanto, desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional e, ao mesmo tempo, adotar estratégias para superar a seletividade do sistema criminal, importante fator na crise de legitimidade do sistema penal e do Poder Judiciário em sua totalidade.

2 O SISTEMA PENAL E O TRATAMENTO SELETIVO DOS DELITOS

Há vários mecanismos de controle e poder dentro de uma sociedade (família, escola, comunidade religiosa, mídia, associações, movimentos sociais, partidos políticos, moral). Tais instituições de controle social influenciam no sistema penal, são fatores reais de poder, aparelhos ideológicos do Estado, micropoderes difusos, existem sem ter necessariamente um código ou normas para regulamentá-los. São um tipo de controle informal, que seleciona os “bons”, dentro de uma visão maniqueísta da realidade. Mas o sistema penal é o único que é extremamente formalizado, denominado por isso de controle formal, com regras dotadas de sanções, com poder de coerção. Constitui um “plus” adicional em intensidade e gravidade das sanções e em grau de formalização que sua imposição exige. É o mecanismo mais arraigado de controle social, além destas instituições da periferia do sistema. (ANDRADE, 1997, p. 179-181; 210-211)

O sistema penal promete a repressão do delito, onde o paraíso passa pela sua mediação. Sem ele a sociedade não teria como defender-se dos “maus”, segundo uma versão maniqueísta da realidade, utilizada por todas as instâncias de controle social. É uma reação à criminalidade, às condutas qualificadas como negativas, mediante o controle social¹, a fim de adequar os indivíduos à legalidade dominante. No sistema penal, a criminalização de condutas transfere para o âmbito do Estado a solução de todos os conflitos, centrando-se o controle penal na reação punitiva da qual o Estado tornou-se depositário pelo contrato social, a qual se manifesta por meio da pena. (ANDRADE, 1997, p. 37).

¹ Por controle social entendemos “o conjunto de instâncias e ações, públicas e privadas, genéricas e específicas, orientadas à definição, individualização, detecção, manejo e/ou supressão de condutas qualificadas como delitivas ou desviadas, segundo se encontrem ou não expressamente previstas em um corpo normativo formal como passíveis de sanção.” (CÁLBADÓN, 1987, p. 11) O controle social tem, pois, por objeto, condutas humanas e seu disciplinamento em sociedade. E pode ser formal ou institucionalizado (caso em que se baseia numa programação normativa específica) e informal ou difuso (caso em que prescinde desta, sendo exercido de forma inespecífica por atores sociais). (ANDRADE, 1994, p. 122).

Dessa forma, ao se estudarem profundamente os pilares do sistema penal moderno, conclui-se que este apresenta não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial – a segurança jurídica (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas, – a seletividade, apresentando, portanto, eficácia instrumental inversa à prometida. (ANDRADE, 1996, p. 93)

Vera Regina Pereira de Andrade (1997) destaca três destas incapacidades:

- a) Incapacidade Garantidora: Ao verificar a efetividade dos seus princípios, conclui-se pela violação de todos, ao invés de proteção de direitos. Com relação à igualdade, a realidade demonstra um sistema extremamente seletivo e estereotipado.
- b) Incapacidade Preventiva: A pretensão legitimadora de que a pena possa cumprir uma função instrumental de efetivo controle e redução da criminalidade e defesa social, na qual as teorias da pena se baseiam, na verdade são empiricamente promessas falaciosas. Em verdade, a prisão consolida verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de “desvio secundário”. O cárcere, ao invés de ser um método ressocializador, é um fator criminógeno e de reincidência. (BARATTA, 1993, p. 50-51)
- c) Incapacidade Resolutória: A vítima, no sistema penal, foi excluída do processo penal a partir da Baixa Idade Média, desde os séc. XII e XIII, momento em que o Estado chama para si o poder de punir, relegando a vítima a um papel secundário, substituída por um representante do Estado (Ministério Público). Assim, não se soluciona o conflito, gerando-se mais problemas e conflitos do que o que se propõe a resolver. Nas palavras de Ana Maria Pires Saldanha

A situação atual da vítima frente aos organismos estatais chega, quase, a beirar uma inversão de valores, ou seja, o delinquente tem todo o aparato judicial a seu favor, com garantias penais, constitucionais, processuais, etc., e a sua vítima nada mais pode fazer do que testemunhar, e muitas vezes frente a frente com o agressor, sentindo-se amedrontada e novamente ofendida, o que levou alguns doutrinadores modernos a falar em *vitimização secundária*. (SALDANHA, 2001, p. 14)

Logo, a vítima no sistema penal comum, além de sofrer a agressão cometida pelo autor do delito, sofre nova agressão, agora institucional, em que o sistema penal passa a investigá-la, com confiança e receio, sem qualquer tipo de amparo ou proteção. E a sociedade, por sua vez, passa a estigmatizá-la, muitas vezes com pena ou marginalização.

Dessa forma, a realização de todos os princípios garantidores do Direito Penal (legalidade, culpabilidade, humanidade e especialmente de igualdade) é, em definitivo, uma ilusão, pois na sua operatividade o sistema penal foi criado para violar a todos.

(ANDRADE, 1997, p. 200-202). O modo como opera o código legitimador das teorias criminológicas, a forma como ocorre a seleção dos criminosos pelo sistema penal e sua justificação, a seleção judicial e as decisões penitenciárias à execução da pena constituem o rol das funções reais da dogmática penal. A seleção dos “criminosos” acontece de modo a criar as grandes cifras negras da criminalidade (crimes que são cometidos, porém não entram nas estatísticas penais pela sua impunidade), na qual o sistema penal legitima os crimes de colarinho branco, dando-se a seleção policial e judicial, muitas vezes, com tal concepção valorativa e preconceituosa. (ANDRADE, 1997, p. 261-263)

Não é pela ‘efetividade’ da segurança jurídica, mas pela instrumentalidade real de eficácia invertida e pela eficácia simbólica (‘ilusão’) da segurança jurídica que dá sustentação àquela instrumentalidade) que pode ser explicada a conexão funcional da Dogmática Penal com a realidade social e sua marcada vigência histórica. (ANDRADE, 1997, p. 304)

O sistema penal mostra-se como um sistema de administração e organização baseado nas diferenças, num controle seletivo da criminalidade, influenciado na própria construção desta criminalidade quando o Legislativo define na lei as condutas criminosas, quando conta com o aparato policial e judicial e se completa na execução da pena (ANDRADE, 1997, p. 279). A teoria do *labeling approach* no estudo do desvio e da criminalidade tem a seguinte tese central:

A de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1997, p. 205)

A reação social se evidencia quando aceita a seletividade como forma mais correta de funcionamento do sistema penal. Existe um senso comum² que rotula como possíveis criminosos os feios, pobres, pretos, prostitutas, sem-teto, sem-terra, descamisados... Essa é a clientela da prisão pelos olhos da sociedade e do governo. Encontram todas as justificações, inclusive etiológicas, sustentando que determinados indivíduos socialmente perigosos tenham anomalias biopsicológicas ou recebam influências de fatores ambientais e sociais.

Salienta-se que esses métodos evolutivos e deterministas fazem parte da tradição histórica do ensino jurídico brasileiro. Quando se analisa a grade curricular, bem como os artigos acadêmicos produzidos pelas primeiras faculdades de Direito do país, instaladas em Recife e em São Paulo, evidencia-se a influência de autores como Haeckel, Darwin, Le Bon, Lombroso e Ferri. Na “Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife”, logo na sua apresentação já se verifica a importância da antropologia criminal (total de 47% dos ensaios da revista), entendida como único método científico no combate ao

² Sobre senso comum veja-se (TARUFFO, 2001).

fenômeno da criminalidade, estudada partir da “escola italiana” de Ferri e Lombroso e Garófalo. Salienta-se que essa linha de pensamento é vista com maior prevenção nos circuitos acadêmicos paulistas, considerados pelos historiadores “os eleitos”, tendo em vista que lá era considerado um centro formador de intelectuais mais críticos, promissores integrantes das carreiras políticas do país. Apesar disso, também eram frequentes na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo” artigos sobre antropologia criminal e medicina pública. (SCHWARCZ, 1993, p. 155-179).

Nas palavras de Schwarcz, “contrária à teoria do livre-arbítrio, a escola criminal positiva acreditava que o universo regido por leis mecânicas, causais e evolutivas não dava margens à liberdade do indivíduo.” Tinha-se, portanto, um perfil físico do “potencial criminoso”.

Seja por um traço, seja pela delimitação de muitos detalhes, o fato é que, para esse tipo de teoria, nas características físicas de um povo é que se conheciam e reconheciam a criminalidade, a loucura, as potencialidades e os fracassos de um país. Critério ‘objetivo de análise’, o ‘método antropológico’ trazia para esses intelectuais uma série de certezas não apenas sobre o indivíduo como também acerca da nação. ‘Uma nação mestiça é uma nação invadida por criminosos’, dizia o artigo de Laurindo Leão, buscando fazer a ligação entre tais teorias e a realidade nacional. (SCHWARCZ, 1993, p. 167)

Com base nesse perfil, afirma-se que o crime é propriedade da pessoa, já nasce com ela, que carregaria “anomalias e estigmas atávicos, possuindo uma predisposição pessoal ao delito” (SCHWARCZ, 1993, p. 166). A obra de Lombroso, “O Homem Criminoso” (1983), é mãe desse estereótipo de criminoso. Tal tipo de visão foi superada na academia, mas não na prática. Ela domina a noção de criminalidade dos operadores do direito e da mídia e da sociedade em geral.

A seletividade do sistema penal se dá em duas esferas: “em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais” e a sanção a eles cominada (criminalização primária). É uma definição política efetuada pelo Poder Legislativo estatal, que conduz ao problema da distribuição do poder social da definição de conduta desviada, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, esse poder de impor ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas. Em segundo lugar, com a operacionalização da pena, “pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos” (etiquetamento – criminalização secundária). (BARATTA apud ANDRADE, 1997, p. 218; 278)

A prática de condutas típicas faz parte do cotidiano de uma sociedade, é regra e não exceção. O que ocorre é que uma minoria apenas é criminalizada pelo sistema. A distribuição desigual da criminalidade atinge os estereótipos (adágio popular dos três pês: preto, pobre e prostituta), que em decorrência disso tornam-se mais vulneráveis à criminalização, enquanto grupos poderosos representativos da cifra negra da

criminalidade³, cuja atuação atinge grau muito mais elevado de afetamento social, restam impunes, protegidos pelo próprio sistema. (ANDRADE, 1997, p. 265) Desse ponto de vista,

a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, “regularmente”, em todos os sistemas por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população, às quais se qualifica como criminosos, e não como pretende o discurso oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. (ZAFFARONI, 1991, p. 22)

Essa seletividade deve-se em primeiro lugar pela incapacidade estrutural do sistema penal operacionalizar, por meio das agências policial e judicial, todos os crimes definidos em lei, dada a magnitude da sua abrangência, pois está “integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, seguramente inferior a 10%”. (BARATTA apud ANDRADE, 1997, p. 265-266) Se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social, pois se todos adultérios, abortos, defraudações, falsidades, subornos, lesões, ameaças, contravenções fossem criminalizados, não haveria habitante na face da Terra que não fosse criminalizado, e a sociedade seria uma grande prisão. Dessa forma, diante desta absurda suposição, conclui-se que o sistema penal foi estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão (ZAFFARONI apud ANDRADE, 1997, p. 265). Resulta inóqua aumentar o rigorismo do sistema, criando-se novos tipos penais, se este possui limites estruturais.

E, em segundo lugar, a seletividade se dá pela especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, de acordo com seu status social, cor, gênero. “A clientela dos sistemas penitenciários é constituída de pobres não porque tenham maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.” (ANDRADE, 1997, p. 270)

Baratta afirma que,

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais-delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada, graves desvios dos órgãos estatais,

³ Por cifra negra entende-se em sentido lato a criminalidade oculta, não quantificada estatisticamente, que, não só inclui a “criminalidade de colarinho branco”, mas a transcende. Tal cifra negra é considerável, sendo a criminalidade real muito maior que a oficialmente registrada. Foi descoberta por meio de pesquisas de autodenúncia anônimas, delegacias de mulheres e de menores. Trata-se de estabelecer o número real de pessoas que cometem ou que tenham cometido delitos, com o que se amplia o panorama da delinquência real, possibilitando realizar comparações entre a percentagem de delinquentes oficiais e a dos desconhecidos. Dessa forma, a criminalidade é um fenômeno generalizado presente em todos estratos sociais, mas a criminalização é desigual e seletivamente distribuída, onde certos grupos gozam de virtual impunidade.

entre outros-superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente os que têm, como autores, indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados. (apud ANDRADE, 1997, p. 267)

Esse senso comum estereotipado condiciona a seletividade decisória dos agentes do sistema penal, que inicia desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e Justiça (criminalização secundária) até o sistema carcerário, num processo de filtração escalonado que nada tem a ver com os princípios legais. (ANDRADE, 1997, p. 269) A lei penal configura apenas um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle penal têm ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam. Nada mais utópico que o chavão: detectado o crime, seu autor resultará automaticamente etiquetado. Há um complexo processo de refração entre a seleção abstrata da lei e a seleção efetiva das instâncias de criminalização secundária. “Nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação.” (ANDRADE, 1997, p. 262-263) E a Dogmática oferece instrumental conceitual para justificar decisões seletivas ao âmbito judicial. Coloca seu arsenal técnico a serviço do julgador para instrumentalizar e legitimar sua decisão.

Essa afirmação pode ser comprovada com dados do Censo Penitenciário de 1995 (BRASIL, 1994), no qual se verifica que 95% da clientela da prisão são indivíduos analfabetos ou semianalfabetos, subnutridos e de famílias que vivem na miséria, não podendo, sequer, constituir advogados que falem em seu nome. Os crimes cometidos pelos “ricos”, chamados de “colarinho branco”, muito mais danosos à coletividade, passam ilesos no sistema. E quando tipificados, se a pessoa tiver dinheiro para contratar um bom advogado criminalista, na maioria das vezes, não vai para a prisão. O risco de ser preso aumenta significativamente em razão inversa à situação socioeconômica.

Assim, conforme aponta Andrade (1997, p. 292-293), a Dogmática Penal Tradicional revela-se um sucesso no que tange às funções latentes ou não declaradas, isto é, assegurar a ideologia dominante daqueles que detêm o poder, a impunidade de seus delitos e a estereotipação da clientela da prisão, de acordo com raça, gênero e status social, seletividade presente desde os sistemas de controle informal da sociedade aos de controle formal, fornecendo o instrumental para justificação de decisões seletivas e legitimar a estereotipação dominante.

3 O SISTEMA PENAL E AS PENAS ALTERNATIVAS PARA DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A partir das constatações de Andrade (1997), a intervenção do sistema penal, em especial as penas privativas de liberdade, ao invés de ressocializar o indivíduo,

objetivo proclamado pelo sistema penal, determina uma consolidação de uma verdadeira carreira criminal, lançando luz sobre os efeitos criminógenos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência. É um modelo fracassado e caro, sendo o cárcere um dos maiores redutos de violação dos direitos humanos de que se tem notícia, configurando-se uma verdadeira “escola para o crime”.

Cumprе ressaltar que, no Brasil, está-se regulando a reação penal do estado, de forma marcadamente diversa, em relação às criminalidades mínima, média e máxima. Na primeira hipótese, prevê-se a conciliação das partes ou a transação e pena restritiva de direitos como resposta. Na segunda, a criminalidade média, a suspensão do processo, condicionada a determinadas condições, inclusive eventual imposição de prestação de serviços comunitários, para confirmar se há necessidade, ou não, do processo e imposição de pena. Na terceira, criminalidade máxima, a submissão ao processo comum, inclusive a normas de alto conteúdo restritivo, como é o caso dos crimes hediondos. (ROSA, 1990, p. 22-23)

Dessa forma, um dos grandes eixos de alternativas fundamenta-se na necessidade de redefinição da intervenção penal nos crimes de menor potencial ofensivo, com a substituição da prisão por formas alternativas de solução dos conflitos. (ANDRADE, 1997, p. 185) Nesse sentido foi aprovada a Lei n.º 9.099/95, a qual faz parte da corrente do Direito Penal Mínimo (PÊCEGO, 2004), defendendo uma política de despenalização dos crimes de menor potencial ofensivo. Nas palavras de Bittencourt (2003, p. XIX), “somente irá para a prisão quem dela efetivamente necessite (...) reservam-se as penas privativas de liberdade para os crimes mais graves e para os delinquentes mais perigosos ou que não se adaptem às outras modalidades de penas.” Busca-se, portanto, desafogar a Justiça Criminal, para que esta se preocupe efetivamente com o combate e repressão da criminalidade grave, para a qual deverá ser mantido um eficiente sistema prisional.

4 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: UMA ALTERNATIVA PARA OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

A Lei n.º 9.099/95 busca proporcionar comportamento diferenciado para crimes de menor potencial ofensivo (SANTIN, 2007). Essa simplificação passa pela busca do consenso entre autor da infração e vítima, com a reparação dos danos sofridos por esta, bem como pela introdução no sistema penal dos institutos da transação e da composição civil para obtenção de um procedimento mais célere, substituindo penas de privação de liberdade por penas alternativas.

Importa ressaltar que o art. 87 da Lei n.º 9.099/95 preocupou-se com o aspecto econômico das pessoas que cometem crimes de menor potencial ofensivo, buscando reduzir despesas ou conceder o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso. Pelo artigo “nos casos de homologação do acordo civil e aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (arts. 74 e 76, par. 4), as despesas processuais serão reduzidas, conforme dispuser lei estadual”.

Uma grande inovação no sentido do acesso à justiça da Lei n.º 9.099/95 é o disposto no art. 94 da Lei n.º 9.099/95, o qual instituiu o conceito de “Juizados Itinerantes”, ou seja, a possibilidade de que os serviços cartorários dos Juizados Especiais Criminais possam deslocar-se para onde os delitos estão ocorrendo, a fim de prestar uma tutela jurisdicional célere, informal, econômica e eficiente. Veja-se o teor do artigo 94: “Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.”

A figura da vítima passa a ter especial relevância nesse procedimento, sendo a sua representação peça-chave para o andamento do processo, e a busca de reparação de seus danos, mediante a conciliação, preocupação fundamental do legislador.

Muitas vítimas, que jamais conseguiram qualquer reparação no processo de conhecimento clássico, saem agora dos Juizados Criminais com indenização. Permitiu-se a aproximação entre o infrator e a vítima. O sistema de Administração da Justiça está gastando menos para a resolução dos conflitos menores. E atua com certa rapidez. Reduziu-se a frequente prescrição nas infrações menores. As primeiras vantagens do novo sistema são facilmente constatáveis. (GOMES, 2000, p. 01)

Aplicam-se nos Juizados Especiais Criminais os mesmos princípios informativos dos Juizados Especiais Cíveis: celeridade, economia processual, informalidade e oralidade, conforme art. 62. Salienta-se que a Lei n.º 9.099/95 deixou de fora dos Juizados Especiais Criminais o princípio da simplicidade e incluiu dois critérios: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Mediante esses dois últimos critérios depreende-se que os Juizados Especiais Criminais são uma alternativa formulada pelo legislador para superar a crise de legitimidade por que passa o sistema penal brasileiro ante o descumprimento de suas funções declaradas (a segurança jurídica ilusória) e pelo cumprimento de funções latentes contrárias ao seu discurso oficial e aos interesses da população. Em primeiro lugar, há um descumprimento ao princípio da igualdade, já que é um processo amplamente seletivo. Nas palavras de Bitencourt, com a criação dos Juizados Especiais Criminais

O conceito de infração de menor potencial ofensivo, portanto, em todo o sistema jurídico brasileiro, é único e se aplica a brancos e pretos, ricos e pobres, jurisdicionados federais e estaduais, enfim, a todo e qualquer indivíduo, independentemente da previsão de procedimento especial. A harmonia do sistema jurídico impede o tratamento discriminatório, desigual e paradoxal de eventuais infratores em todo o território nacional. (2003, p. 4)

Em segundo lugar, sabe-se que a pena no sistema penal comum não exerce controle social nem reduz a criminalidade, pelo contrário, consolida “carreiras criminosas” e discrimina o ex-apanado, que não encontra inserção social e vê na reincidência um caminho. Nos Juizados Criminais adota-se uma decisão consensual, que busca penas alternativas à de prisão, com caráter ressocializante e educativo. E, em terceiro lugar,

na Justiça Comum há o demérito à figura da vítima, que é excluída do sistema. Ao estabelecer os critérios da reparação dos danos os Juizados Especiais Criminais chamam a vítima para que assuma papel de protagonista, possibilitando, ao menos em tese, buscar a sua dignidade perdida com o crime mediante uma reparação pecuniária.

A substituição da pena por medidas alternativas à privação de liberdade é uma forma de tratar de maneira diferente o crime de menor potencial ofensivo, no qual o agente não terá sua vida “manchada” por uma condenação e uma pena privativa de liberdade, mas terá uma oportunidade de construir um novo caminho. Entretanto, é importante ressaltar que não se trata de impunidade, mas de aplicar o princípio da proporcionalidade ante ao bem jurídico atingido e o potencial ofensivo do ato do autor combatendo a falência da pena privativa de liberdade, a qual já não consegue, por si só, a ressocialização do apenado com medidas alternativas.

Além dos princípios previstos no art. 62, aplicam-se nos Juizados Especiais Criminais todos os princípios constitucionais relativos à proteção dos direitos humanos, em especial o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Assim, passaram os Juizados Especiais Criminais a se constituir um modo célere de resolver os conflitos de pequena monta, normalmente cometidos por pessoas simples, dando especial atenção à vítima e aplicando formas alternativas à pena de prisão para solucionar os conflitos. É composto por juízes togados ou togados e leigos e apresenta novos institutos: acordo civil, transação criminal, condicionamento à representação nos casos de lesões culposas e leves, suspensão condicional do processo, procedimento sumaríssimo e julgamento de recursos por turmas de juízes com jurisdição de primeiro grau.

O instituto da suspensão condicional do processo não é considerado uma fase processual, mas um ato processual, uma medida despenalizadora (que vem a somar com a composição civil dos danos e a transação penal, inovações da Lei n.º 9.099/95) proposta na peça acusatória pelo Ministério Público em toda a infração cuja pena cominada no seu grau mínimo não seja superior a um ano e desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Note-se aqui que o campo de aplicação da suspensão condicional do processo é bem mais amplo que o da transação penal, sendo possível aplicá-la sem qualquer restrição, tanto para os crimes previstos no Código Penal, como legislações especiais, Lei de Contravenções, Justiça Federal ou Eleitoral. (Abre-se exceção à Justiça Militar, conforme art. 90-A).

Dessa forma, ao final da audiência preliminar, inexitosa a composição civil dos danos e a transação penal, em sua denúncia, poderá o Ministério Público propor a suspensão do processo a fim de que o acusado cumpra um período probatório que o habilite a ter extinta a sua punibilidade ao final, com o arquivamento do feito. Não haverá uma condenação, pois o processo será suspenso. Expirado o prazo do período probatório, cumpridas as condições sem revogação do benefício, extingue-se o processo e a

punibilidade do acusado, o que afasta a reincidência, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados, os efeitos cíveis e o registro de maus antecedentes (art. 9 par. 5).

Na suspensão condicional do processo persiste o interesse do Estado na *persecutio criminis*, e não há uma disposição sobre o *ius puniendi*, cujo interesse público na punição, e não o subjetivo do acusador, se satisfaz com o cumprimento voluntário de certas condições, principalmente com a declaração do dever de indenizar a vítima, dentro do prazo da suspensão. Há uma atuação proporcional do *ius puniendi* sobre o acusado, como retribuição jurídica ao fato criminal praticado, nas infrações de média ofensividade. (...) A decisão judicial produz efeitos de coisa julgada unicamente após o cumprimento das condições. Portanto, a decisão que homologa a suspensão do processo somente tem o efeito de impedir seu prosseguimento e o da prescrição. A decisão que extingue a punibilidade, após o cumprimento das condições, produz os efeitos de coisa julgada formal e material. (...) As condições representam uma reprovação jurídica proporcional aos fatos, consentida, ou a incidência proporcional do *ius puniendi* do Estado. São sanções criminais atípicas, pois não geram os efeitos de uma pena criminal aplicada após um juízo criminal com todas as garantias. (GIACOMOLLI, 2002, p. 187; 210)

A suspensão condicional do processo é um direito fundamental do acusado que cumprir as condições previstas no art. 89 (infrações cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano e o acusado não estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, além dos requisitos do art. 77 do Código Penal: não ser reincidente em crime doloso e culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão do benefício.) Faz parte de uma tendência despenalizadora para os crimes de menor gravidade, em que o acusado não representa maior periculosidade à sociedade. Evita-se com isso a pena privativa de liberdade, que comprovadamente não ressocializa, pelo contrário, insere o réu a um universo de estigmatizados, que fatalmente o induzirá a seguir uma “carreira criminosa”, pela falta de opções que a própria sociedade confere a ex-apenados.⁴

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal é âmbito por excelência de pacificação e ordenação social. Visa proteger a sociedade de condutas antijurídicas, ressocializar o ofensor, além de puni-lo. Mas, o que se verifica é que tais funções são meramente instrumentais e simbólicas, ficando muito distantes da segurança jurídica prometida.

Mostra-se primordial combater a visão preconceituosa de um sistema penal elitista, que seleciona quem é passível e quem não é passível de sua proteção. As leis são as mesmas para todas as pessoas, e todas devem ser tratadas igualmente; ou então tratarem-se desigualmente aquelas pessoas que necessitam de um tratamento desigual, por serem especiais. Dessa forma, é preciso que o sistema penal procure solucionar suas próprias

⁴ Sobre o estudo dos estigmas e dos preconceitos por trás da pena e do sistema penal veja-se (BACILA, 2005).

contradições, com vistas a superar visões históricas de seletividade da população carcerária, para dedicar a pena privativa de liberdade àqueles agentes que realmente apresentem perigo ao convívio social.

Ao focar o poder de atuação do sistema penal e da pena privativa de liberdade sobre aquela criminalidade de alta periculosidade (os crimes mais graves, que atentam efetivamente contra a ordem social), torna-se mais factível pensar-se em criar novas formas de penalização para a criminalidade de pequeno e médio potencial ofensivo, resgatando o fim utilitarista da pena.

Dessa forma, por meio dos Juizados Especiais procurou-se resgatar ao Poder Judiciário a credibilidade popular de que ele é merecedor, fazendo renascer na população, principalmente camadas mais pobres (as quais são a maioria da população brasileira) a confiança na justiça.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. Dogmática e Controle Penal: em busca da segurança jurídica prometida. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina. **Sequência**. Florianópolis, n. 33, pp. 87-114, dez.1996.
- BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BARRATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência e a violência penal. *Fascículos de ciências Penais*, Porto Alegre, n. 2, abr./jun. 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. XIX.
- BRASIL. CENSO PENITENCIÁRIO NACIONAL DE 1995. Brasília. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. 1994.
- GALBADÓN, Luis Geraldo. *Control Social y Criminologia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1987.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais: esplendor ou ocaso? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 89, abr./2000.
- LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*. Tradução por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.
- PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. O real alcance do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo com a Lei n.º 10.259/01. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago./2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina.asp?id=3081>>. Acessado em: 20 ago. 2004.

ROSA, Fábio Bittencourt da. Juizados Criminais na Justiça Federal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4. Região*. v. 1, n. 1, Porto Alegre: O Tribunal, jan./mar./1990. p. 21-36.

SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Ano 2, n. 3, mai./ago. 2001, São Paulo, CEIP, p.11-18.

SANTIN, Janaína Rigo. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: um estudo das leis 9.099/95 e 10.259/01*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SCHWARCZ, Lília M. *O Espetáculo das Raças*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

TARUFFO, Michele, *Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Recebido: agosto 2010

Aprovado: julho 2011