

Juizados Especiais Criminais: dosimetria e eficácia da transação penal

Discute a transação penal frente à corrente minimalista, sua dosimetria e eficácia. Procura-se dar uma visão propedêutica acerca da competência dos Juizados Especiais Criminais e discute-se a utilização deste instituto frente aos menos favorecidos.

Érico de Oliveira Della Torres

1.0 – INTRODUÇÃO

O senso comum interpreta o Direito Penal como uma forma de retribuição ao mal causado, inflacionando-o de sentimentos vingativos e buscando fazer com que este seja aplicado como reflexo da repulsa social a determinados fatos. Ora, devemos repensar o Direito como um todo, mormente este ramo, tendo em vista que suas sanções, muitas vezes, relacionam-se com liberdade do cidadão, que é assegurada a todos em âmbito constitucional. Assim, a criação dos Juizados Especiais Criminais, através da Lei 9.099/95, representou grande avanço ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a aplicação do direito penal, segundo a corrente minimalista, com a adoção de penas alternativas, tem muito a contribuir para com a realização da justiça.

2.0 – COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E TEORIA MINIMALISTA

Preocupada com a superlotação dos presídios brasileiros, bem como com a morosidade da justiça brasileira, a Assembléia Constituinte, ao promulgar a Constituição Federal, através de norma programática, previu a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, orientados pelos princípios da celeridade e da informalidade.

No que tange aos Juizados Especiais Criminais, podemos perceber que a competência a eles delegada abrange as infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo estas os crimes com pena máxima colimada não superior a dois anos, tendo em vista a Lei nº. 10.259/01, que criou os Juizados Especiais Federais Criminais, no parágrafo único do art. 2º, passou a considerar infração de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, retirando a ressalva quanto ao procedimento especial também especificado na Lei 9.099/95.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 5º, caput da Constituição Federal que consagra o princípio da igualdade, é um absurdo jurídico admitir que uma mesma conduta seja considerada um delito de menor potencial ofensivo em determinado momento e, em outro não o fosse. Evidentemente que uma mesma ação e um resultado igual devem gerar uma mesma consequência jurídica, levando-nos à conclusão que os crimes abrangidos pelo Juizado Especial Criminal devem ser aqueles com pena máxima colimada não superior a dois anos, não importando o procedimento da lei.

Moraes, Pazzaglini Filho, Smanio e Vaggione ressaltam ainda que para o enquadramento enquanto crimes de menor potencial ofensivo, o cálculo da pena deve ser feito *“levando em consideração as causas de aumento e diminuição de pena previstos na parte especial do*

Código Penal”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino, 1996, p.23), não devendo ser considerados no cálculo agravantes e atenuantes genéricos.

Percebendo a deficiência do artigo doravante citado, o legislador editou a Lei 11.313/06, que modificou a redação dos artigos 60 e 61 da Lei 9.099/95, adequando-os ao que já era reclamado pela doutrina e ainda prevendo respeito às regras de conexão e continência, acrescentando ainda ao artigo 60 o parágrafo único que prescreve “na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrente da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”.

Além dos crimes, também são consideradas infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais, independentemente da pena colimada, uma vez que estas

“são, por natureza, infrações de pequeno potencial ofensivo. A pequena ofensividade das contravenções penais não está nem na quantidade de pena e nem no processo penal adotado, mas na sua natureza ontológica. Tanto é verdade que a maioria da doutrina define as contravenções como ‘quase-crime’ “(BITENCOURT, Cezar Roberto, 1997, p 60).

Logo, percebe-se que a criação destes órgãos jurisdicionais é resultado da aplicação de preceitos da criminologia crítica, mais especificamente, de políticas criminais minimalistas, tendo em vista que esta prega que os “apenamentos devem ser repensados, evitando-se, quando possível, as penas privativas de liberdade”(COELHO, Edihermes Marques, 2003, p.12).

Diante do exposto, percebe-se que o legislador nacional busca dar um tratamento mais favorável às pessoas que cometem “pequenos crimes”, cominando a estas penas alternativas, que visam não o punitivismo exagerado, mas sim a aplicação de uma medida eficaz e que ressocialize o transgressor da norma, evitando que este sofra os efeitos perniciosos do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Quer-se, portanto,

melhorar a eficácia da lei penal sem ser preciso a aplicação de punições que limitem demasiadamente a liberdade do indivíduo, adotando-se medidas que favorecem a sociedade e que permitam o desenvolvimento moral do indivíduo, tal como a transação penal.

3.0 - ANÁLISE DA NATUREZA DA TRANSAÇÃO PENAL

Primeiramente, cabe-nos analisar a natureza jurídica do instituto em tela, que permitiu a evolução do sistema penal punitivista, admitindo que o consenso seja estabelecido entre o Ministério Público e o infrator do delito.

Assim,

“transação penal pode ser definida como o ato jurídico através do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais, e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada” (SOBRANE, Sergio Turra, 2001, p.75).

De tal conceito, podemos inferir que a transação penal não deve ser utilizada sem os pressupostos que tipificam o crime, cabendo ao Ministério Público uma análise minuciosa dos autos para evitar que tal instituto seja aplicado sem a materialidade necessária para a garantia dos direitos individuais, dentre os quais o in dúbio pro réu.

Sabe-se que na fase preliminar dos Juizados Especiais Criminais não há que se cogitar quanto à culpabilidade do autor do fato, uma vez que “inexiste processo, acusação formal ou provas, pois os elementos de informação colhidos perante a autoridade policial não estão respaldados pelo crivo do contraditório” (PAIVA, Mario Antonio Lobato de, 1999, p. 47). O juízo que se faz em tal fase refere-se, somente, quanto à possibilidade de oferecimento de denúncia e da transação penal, não se referindo à autoria ou culpabilidade do autor do fato.

Assim, segundo esta linha de raciocínio não há uma sanção ao aplicar a transação penal, uma vez que para a aplicação de uma pena ao indivíduo é necessário que haja prova do crime e culpabilidade, sendo que sem estes elementos, a aplicação da pena estaria ferindo os princípios do Direito Penal e as garantias fundamentais do indivíduo. A transação penal seria, portanto, uma obrigação civil firmada entre o indivíduo e o Ministério Público e homologada pelo magistrado, tem a natureza de um negócio jurídico, pelo qual o *Parquet*, representante da sociedade, acorda com o autor do fato, que, depois de homologado pelo juiz torna-se título executivo judicial.

Assim, a transação penal, quando aceita pelo autor do fato, põe termo ao procedimento, não mais podendo ser discutida a autoria do fato ou a culpabilidade deste, sendo vedada, assim, a retomada da persecução criminal, mesmo quando tal obrigação não for cumprida. Tal acordo exclui o processo e extingue a punibilidade do indiciado. O Ministério Público, por conseguinte, usando da disponibilidade da ação penal que lhe é concedida, opera a renúncia de efetuar a persecução criminal, extinguindo o processo pela decadência.

Visão contrária à apresentada supra é a BITENCOURT, quando afirma que na “transação o autor do fato sofre a imposição de uma sanção penal. No momento em que o autor aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo a culpa, o que é natural em razão do princípio ‘nulla poena sine culpa.’” (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2006, p. 737)., afirma, ainda, o renomado doutrinador que a presunção de inocência é mitigada pela manifestação livre, consciente e inequívoca do autor do fato, devidamente assistido por seu defensor, sendo que o devido processo legal não deixa de existir quando o indiciado aceita a transação penal, uma vez que, sendo os Juizados Especiais Criminais regidos pelo princípio da informalidade, este se materializa na audiência preliminar, com a presença do juiz, Ministério Público, partes e advogados.

Percebe-se, portanto, que tal instituto gera grande polêmica e discussões na doutrina, porém, com uma análise mais cuidadosa dele podemos perceber que não carece de razão

nenhum dos doutrinadores mencionados, sendo que, a análise do instituto nos leva à conclusão de que PAIVA, ao analisar o instituto, possui grande prudência, uma vez que o descumprimento da transação penal não pode fazer com que esta seja convertida em pena de prisão, conforme orientação adotada pela Corte Suprema [1], uma vez que se isto fosse possível, a própria moral do legislador estaria sendo inescrupulosa, tendo em vista que primeiro garantiria uma forma de garantir ao cidadão vantagens, por meio de concessões múltiplas com o Ministério Público e depois o estaria condenando à prisão, o que realmente é um paradoxo.

4.0 - EFICÁCIA DA TRANSAÇÃO PENAL

O sistema carcerário brasileiro encontra-se inflacionado, com cadeias superlotadas, pouca racionalização prática quanto à penalização de criminosos e permeado de técnicas de tortura que viciam a população carcerária e geram um ódio dos infratores contra o próprio Estado e contra seus agentes e instituições, conforme pode ser percebido na análise do cotidiano, através de reportagens, como a divulgada na Folha de São Paulo em 13/07/2006, que afirma: “relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados acusa agentes penitenciários e policiais de prática da tortura contra presos em pelo menos nove Estados” [2].

Assim, percebemos que, cada vez mais, devem-se priorizar penas alternativas, tal como a transação penal, aos casos tipificados como de menor potencial ofensivo tendo em vista que a população como um todo está sujeita ao cometimento de pequenos delitos. Some-se a isso a inflação de normas penais, que incrimina vários fatos que mereceriam apenas um tratamento cível.

A pena alternativa, seria, assim, uma saída para evitar os efeitos criminológicos perniciosos da prisão às pessoas de bem, tendo em vista que, também de acordo com a Folha de São

Paulo, em reportagem publicada na data de 13/07/2006, “Nos últimos 15 anos, o Estado passou a prender pessoas sem critério. ‘Essas pessoas tornam-se a matéria-prima dos criminosos, alvos fáceis de serem manipulados pelas organizações criminosas’, diz Sérgio Mazina, vice-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais” [3].

Percebe-se que o Estado Brasileiro quer evitar o crime apenas no momento atual, porém não prevê os efeitos futuros de tal conduta, não vê que precisa fiscalizar os presídios e gerar segurança também aos que estão com sua liberdade cerceada, de maneira que as instituições do Estado sejam respeitadas e não temidas, que a privação da liberdade sirva como fator de ressocialização e arrependimento ao apenado e não como fator gerador de raiva e sentimentos de vingança.

A transação penal, assim, representaria, pelo menos aos cidadãos de moral, uma oportunidade, de forma a não lhes cercear o direito de liberdade e nem ter seus antecedentes criminais maculados pela prática de um delito, que o atrapalharia a praticar atos da vida civil, tal como ser empregado.

Constata-se que, no Brasil, como observa SILVA JR,

“o sistema penal é seletivo e estigmatizante, reproduzindo e aprofundando as desigualdades sociais. Ampara-se, ainda, na constatação do caráter criminógeno da prisão, na sua ineficácia como instrumento ressocializador, além do seu alto custo social e financeiro” (SILVA JR, Edson Miguel da. 2006, p. 2)

Dessa forma, a prisão deve ser encarada sempre como última alternativa aos crimes de pequeno potencial ofensivo, priorizando, sempre que possível, o instituto da transação penal.

Discute-se, em face disso, até que ponto a transação penal seria eficaz e ressocializadora, de forma que não seja considerada como mera banalidade pelo autor do fato, que ao cumpri-la,

estaria com seus antecedentes criminais “limpos” e livre do processo judicial. Parece-me que o legislador, ao editar a lei 9.099/95, já previu tal hipótese, de forma que nos incisos do art. 76, § 2º, exclui do âmbito de incidência de tal instituto: o autor de infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (Art. 76, § 2º, I); o agente beneficiado, anteriormente, no prazo de cinco anos, a pena restritiva de direitos ou multa, nos termos do artigo (Art. 76, § 2º, II); e quando a prognose for desfavorável à aplicação de tal instituto, levando-se em conta a necessidade e a suficiência (Art. 76, § 2º, III).

Dessa forma, antes propor a transação penal ao indivíduo, o representante do Ministério Público deverá analisar a personalidade do indiciado e verificar se tal medida é razoável ao caso em tela e à pessoa perante a qual se encontra. Mais do que isso, ao formular a proposta de transação penal, deverá, segundo critérios objetivos (o delito supostamente cometido pelo infrator e sua forma de cometimento) e subjetivos (a personalidade do agente) fixar em que se consiste tal proposta, de forma que a pessoa perceba o benefício da proposta e se sinta coagida de praticar, novamente, qualquer delito. Conclui-se, portanto, que a transação penal terá duas finalidades imediatas: a ressocialização do infrator e a prevenção do cometimento de futuros crimes pelo mesmo.

5.0 - DOSIMETRIA DA TRANSAÇÃO PENAL

Apesar da disponibilidade que detém quanto à propositura da ação penal e à ampla discricionariedade que detém quanto à fixação da transação penal, o Ministério Público não pode aleatoriamente definir em que consistirá esta e qual será sua duração, devendo, dessa forma, observar alguns parâmetros.

Moraes, Pazzaglini Filho, Smanio e Vaggione salientam que

“a opção entre a pena restritiva de direitos e multa deve atender às finalidades sociais da pena, aos fatores referentes à infração praticada (tais como: motivo, circunstância e conseqüências) e a seu ator (antecedentes, conduta social, personalidade, reparação do dano à vítima).” (PAZZAGLINI FILHO, Marino, 1996, p. 48)

Assim, ao optar pela aplicação da pena restritiva de direitos, o representante do Parquet estará adstrito às situações arroladas no art. 43 do CP e os critérios acima mencionados para nortear sua decisão.

No que tange à pena restritiva de direitos, deverá o Promotor de Justiça, ao elaborar a proposta, realizar uma operação mental consistente em calcular o tempo que seria cominado se a medida aplicada fosse uma pena restritiva de liberdade e, então, determinar o lapso temporal que a transação abrangerá.

Já na fixação de pena pecuniária, na fixação de dias-multa, também se realizará o mesmo procedimento mental, sendo que o valor a ser determinado deverá levar em conta os rendimentos do indiciado.

Em face disso e do disposto no art. 45, § 1º do CP, tem-se um problema, qual seja, quando se está diante de uma pessoa de renda baixa, sem possibilidade de prestar serviços à comunidade ou entidades públicas, devido ao seu trabalho, mormente aquela cujo rendimento mensal é, comprovadamente, de um salário mínimo, tendo a lei fixado o mínimo valor a ser pago em caso de prestação pecuniária, neste montante, qual seria o procedimento a ser adotado? Poderia o Promotor de Justiça, utilizando-se de sua discricionariedade, propor prestação pecuniária inferior ao mínimo legal?

Se a transação é um instituto que visa beneficiar o acusado, mediante concessões mútuas, entre este e o Representante do Ministério Público, por equidade, podemos concluir que sim, uma vez que o próprio artigo 76, § 2º, III, leva em conta a necessidade e a suficiência da medida para o caso concreto.

A transação penal deve ser ofertada levando em conta aspectos objetivos, quais sejam, o delito praticado, sua relevância jurídica e social e as conseqüências deste, bem como subjetivos, ou seja, a personalidade do infrator e sua condição financeira.

Deve, então, tal instituto, ser proporcional à lesão contra o bem jurídico realizada e suficiente para que o autor do delito se sinta inibido de, posteriormente, voltar a praticar o mesmo, de forma que esta proporcionalidade deverá ser analisada no caso concreto.

Não podemos nos prender à literalidade do texto da lei, utilizando-a de forma anacrônica e prejudicando aqueles que mais necessitam da tutela jurisdicional, para evitar que se consubstancie a “desgastada tríade ‘preto, pobre e puta’, empregada como metáfora para os destinatários do sistema entre juristas e leigos” (FLAUZINA, Ana Luíza, 2006, p.1).

6.0 - CONCLUSÃO

Diante da sistemática jurídico-penal brasileira, com adoção da teoria minimalista, ao publicar a Lei 9.099/95, visando diminuir a morosidade do judiciário e a superlotação das cadeias brasileiras, vários outros problemas foram criados, tais como os que se relacionam ao instituto da transação penal, que longe de ser doutrinariamente tratado de forma uniforme, apresenta várias lacunas, dentre as quais, buscou-se abordar, no presente trabalho, as que se referem à dosimetria e à eficácia da transação penal, instituto de aplicação intensa e diuturna, que merece ser melhor analisado, uma vez que as lacunas referidas estão intimamente ligadas, porque, quando não aplicada de forma proporcional e ressocializadora a transação penal será inócua e não gozará de eficácia.

Assim, para a melhor aplicação do instituto, devem-se analisar tais medidas não somente mediante os aspectos legais, mas também perante a realidade social brasileira e seu sistema carcerário, adequando-o à realidade do indiciado e gerando uma maior garantia à sociedade brasileira.

7.0 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 3ª Ed., Porto Alegre: Livro do Advogado Ed., 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COELHO, Edihermes Marques. *Manual de Direito Penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. 1ª Ed., São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2003

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Racismo e sistema penal*. – Disponível em:

<<http://www.cedefes.org.br/new/index.php?conteudo=materias/index&secao=3&tema=11&materia=2736>> – Acesso em 09/08/2006, às 18h09min.

FOLHA DE SÃO PAULO:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1307200625.htm>> Acesso em 08/08/2006, às 13h27min.

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1307200626.htm>> Acesso em 08/08/2006, às 15h12min .

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio;
VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal: Aspectos práticos da Lei 9.099/95*. 1ª Ed., São Paulo, Atlas, 1996.

SILVA JR, Edson Miguel da. *Lei 9.099/95: Descumprimento da pena imediata* – Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id68.htm>> - Acesso em 09/08/2006, às 17h22minh.

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

[1] RE 268.320 – Rel. Octávio Galotti HC 79.572 – Rel. Marco Aurélio; HC 80.802-6 – Rel. Ellen Gracie.

[2] <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1307200625.htm> - Acessado em 08/08/2006, às 13:27h.

[3] <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1307200626.htm> - Acessado em 08/08/2006, às 15:12h .

Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/41/2841/> >. Acesso em: 14/09/2006.