

**SALIM SCHEAD DOS SANTOS**

**JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E  
SIMBÓLICAS**

**Florianópolis (SC), Junho de 2002.**

**SALIM SCHEAD DOS SANTOS**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

FLORIANÓPOLIS (SC)  
2002

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**  
**CONVÊNIO UFSC/ UNIPLAC**

**JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E  
SIMBÓLICAS**

**SALIM SCHEAD DOS SANTOS**

---

Dra. Vera Regina Pereira de Andrade  
Professora Orientadora

---

Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira  
Coordenadora do CPGD/ CCJ/ UFSC

Florianópolis, 2002

**SALIM SCHEAD DOS SANTOS**

**JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: FUNÇÕES INSTRUMENTAIS E  
SIMBÓLICAS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora formada pelos seguintes professores:

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade - Presidente

---

Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão - Membro

---

Prof. Dr. Miguel Moacyr Alves Lima - Membro

Florianópolis, 07 de junho de 2002

## **AGRADECIMENTOS**

À professora doutora Vera Regina Pereira de Andrade, estimada orientadora, cujas aulas motivaram-me a rever conceitos e minha visão do Direito Penal, minhas homenagens.

Aos membros da Banca Examinadora, Dra. Vera, Dr. Brandão e Dr. Miguel, meus agradecimentos pela atenção demonstrada por ocasião da apresentação e avaliação do trabalho e, sobretudo, pelas valiosas sugestões oferecidas para seu aprimoramento.

À Universidade do Planalto Catarinense que possibilitou a participação neste Projeto Interinstitucional de Turma Especial de Curso de Mestrado, em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina, meu reconhecimento.

Aos professores do curso de Mestrado, pela dedicação demonstrada, meu muito obrigado.

Aos colegas de turma, em especial à colega Sirlane, pelo sempre presente apoio e estímulo, minha gratidão.

À Roselene Bertoto, que colaborou com muita paciência e compreensão, com a diagramação do trabalho, meus sinceros agradecimentos.

À Sônia, companheira fiel que me estimulou a enfrentar o desafio do Mestrado, às minhas filhas Juliana e Fernanda, pelo incondicional apoio, e aos demais membros de

minha família, sobretudo Kelly, Kate, Mira, Zafa e Drumond, meu profundo amor e amizade.

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>8</b>
<b>SUMÁRIO.....</b>	<b>7</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1 O SISTEMA PENAL E SUA CRISE DE LEGITIMIDADE .....</b>	<b>4</b>
1.1 Antecedentes históricos .....	4
1.2 Escola Clássica.....	5
1.3 Escola Positivista.....	10
1.4 Ideologia da Defesa Social.....	13
1.5 Criminologia: do paradigma etiológico ao paradigma da reação social.....	15
1.5.1 Paradigma etiológico .....	15
1.5.2 Paradigma da Reação Social .....	17
1.5.3 Do <i>labelling approach</i> à criminologia crítica.....	19
1.6 Sistema Penal .....	21
1.6.1 A Crise de Legitimidade.....	23

<b>CAPÍTULO II ALTERNATIVAS À CRISE .....</b>	<b>26</b>
2.1 Os que negam à crise e os que relegitimam o sistema.....	26
2.2 Os que reconhecem a crise e buscam alternativas.....	28
2.2.1 Abolicionismo penal.....	28
2.2.2 Intervenção penal mínima.....	34
<b>CAPÍTULO III JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95).....</b>	<b>41</b>
3.1 Antecedentes .....	41
3.1.1 Primeiras Experiências .....	43
3.2 Elaboração legislativa.....	44
3.3 Crimes de Menor Potencial Ofensivo.....	45
3.4 Medidas Despenalizadoras.....	50
3.4.1 Composição de Danos .....	52
3.4.2 Transação .....	54
3.4.3 Representação .....	56
3.4.4 Suspensão do Processo .....	58
3.4.5 A Lei dos Juizados Criminais e a Doutrina .....	59
3.5 A Lei 10.259/2001 – Juizados Criminais Federais.....	63
3.6 Funções Declaradas .....	65
3.6.1 Das Funções Instrumentais às Funções Simbólicas .....	67
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>71</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>76</b>

## RESUMO

A presente dissertação tem por objeto os Juizados Especiais Criminais instituídos pela lei 9.099/95, como uma resposta à crise de legitimidade do sistema penal. A crise é analisada sobretudo com base nas teorias da reação social e a lei 9.099/95 é analisada como uma das vertentes do minimalismo penal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Para tanto se inicia com um retrospecto histórico do Direito Penal moderno, suas bases fundacionais, a luta das escolas, o nascimento da criminologia, o paradigma etiológico, seu esgotamento, e, por fim, o aparecimento de um novo paradigma como resultado de estudos empreendidos pelos sociólogos americanos a partir da década de 60 e que ficou conhecido como o paradigma da reação social. A seguir são analisadas as alternativas à crise, com ênfase no abolicionismo penal e no direito penal mínimo, o primeiro rejeitando qualquer legitimidade ao Direito Penal e propugnando pela sua extinção e o segundo, reconhecendo a necessidade de tutela penal para proteção de bens juridicamente relevantes e desde que não alcançados pela tutela de outros ramos do direito. Analisa-se também a descriminalização e a despenalização como consequência da contração do Direito Penal. Passa-se depois a abordagem dos Juizados Especiais Criminais, destacando elementos históricos, bem como seu discurso oficial. Por fim, analisa-se os Juizados Especiais em razão de suas funções declaradas e das realmente exercidas. A pesquisa permite concluir que ao contrário do que sustenta o discurso oficial, os Juizados Especiais Criminais não só não cumprem as funções declaradas, mas na prática contribuem para a reprodução do funcionamento seletivo do sistema penal.

## **ABSTRACT**

The main goal of this dissertation is to study the Small Criminal Claim Court instated by the Law number 9.000/95, as an answer to the crisis of the penal system legitimacy. The crisis is analyzed mainly based on the theories of social reaction and the Law number 9.099/95 is analyzed as one of the manifestations of the penal minimization. It's a bibliographic research, so it starts a historical retrospective of modern Penal Law; it's foundational basis, the struggle of the schools, the birth of criminology, the etiological paradigm with its decadence and, finally the appearing of a new paradigm as a result of the studies made by the American sociologists from the 60's, which are known as the social reaction paradigm. Then, the alternatives to the crisis are analyzed, emphasizing the Penal abolitionism as well as the minimal Penal Law. The first one rejects any legitimacy to the Penal Law proposing its extinction and the later, recognizes the necessity of the Penal tutelary to protect the properties juridically relevant if they are not reached by the tutelary of other branches of Law. This study also analysis the decriminalization and the non-penalization as a consequence of the reduction of Penal Law. Then, it approaches the Small Criminal Claim Court, giving emphasis to historical elements as well as their official role. Finally, it analysis Small Criminal Claim Court in their proclaim dysfunctions and the way they really work. The present research leads to the conclusion that the Small Criminal Claim Court not only fail in full filing their commitments but also contribute to reproduce the selective function of Penal System.

## INTRODUÇÃO

Roubo, latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estupro, tráfico ilícito de substância entorpecente, crime organizado, rebeliões em presídios, violência doméstica, cifra negra, lesão ao meio ambiente, execuções (o genocídio de que nos fala Zaffaroni), a falência da prisão proclamada por todos, o preconceito racial, a violência doméstica, a prostituição infantil, o assassinato de homossexuais, dentre outros, são fatos e temas que despertam a atenção para o Direito Penal.

Direito Penal este que sofre demandas contraditórias, como as formuladas pelo Movimento Lei e Ordem, no sentido de ampliar as condutas criminalizáveis e agravar as penas (lei 8.072/90, a mais notória; lei 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro e a lei 9.437/97- porte ilegal de arma) e as formuladas pelos teóricos do Direito Penal Mínimo, que influenciou as leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e criminais); 9714/98 (as chamadas penas alternativas à pena privativa de liberdade) e, a mais recente, a lei 10.259/2001, que regulamentou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera Federal.

Do ponto de vista teórico a crise de legitimidade do Direito Penal se instala com as pesquisas realizadas pelos sociólogos americanos a partir da década de 60, culminando com a quebra do paradigma etiológico ante a emergência do paradigma da reação social .

A constatação de que o desvio e a criminalidade não se constituem numa entidade pré-constituída mas numa etiqueta (ou rótulo) atribuída não a todos os que realizam a conduta criminalizada mas apenas a alguns deles, através de um processo de criminalização realizado pelo próprio sistema penal, abalou a estrutura da ideologia da

defesa social que sustenta o sistema penal em vigor, até porque os selecionados para serem criminalizados pertencem, em sua grande maioria, aos seguimentos mais pobres da sociedade. Ou seja, não é a conduta em si que é criminalizada mas a interação que se estabelece entre a conduta e a reação a ela que faz com que o indivíduo seja considerado um criminoso ou não.

Paralelamente a isto, é decretada a falência da pena de prisão, ante o reconhecimento de que ela não ressocializa, não previne, não intimida, pelo contrário, constitui-se num fator criminógeno, eis que atua como uma verdadeira universidade do crime.

Ante este quadro duas respostas básicas se apresentam. A dos abolicionistas, que proclamam a inutilidade do sistema penal, de qualquer sistema, pela impossibilidade de atingir seus fins, e a dos que postulam por um Direito Penal mínimo, quer como uma etapa para se atingir o abolicionismo (Zaffaroni) quer voltado à tutela dos bens mais relevantes, o Direito Penal como **ultima ratio**, como em Ferrajoli.

A presente dissertação busca criar espaço para a discussão da lei 9.099/95, que regulamentou os Juizados Especiais Criminais, tida como tributária do minimalismo, ante a suspeita de que o modelo adotado não só não está apto a instrumentalizar suas funções declaradas como cumpre funções diferentes destas, a saber, a reprodução do funcionamento seletivo do sistema penal. Sendo assim, tais funções operam ao nível simbólico e não instrumental.

Esta a razão pela qual optou-se pelo título Funções instrumentais e simbólicas dos Juizados Especiais Criminais.

E adotou-se o marco teórico a ser utilizado neste trabalho, que é o paradigma da reação social.

Assim, no capítulo primeiro abordar-se-á a crise do sistema penal e ao fazê-lo iniciar-se-á pelos antecedentes do Direito Penal Moderno, passando pelas escolas penais, em seguida pela gênese da criminologia, com ênfase no paradigma etiológico, que até hoje

revela-se predominante e na ideologia da defesa social cujos princípios básicos foram reconstruídos por Alessandro Baratta.

Analisar-se-á a seguir o paradigma da reação social , concluindo-se o capítulo com o sistema penal e sua crise de legitimidade.

No capítulo II serão analisadas as alternativas à crise, com destaque para as propostas do Abolicionismo penal e do Direito Penal mínimo.

A seguir serão abordados no capítulo III, os Juizados Especiais Criminais, a partir da elaboração legislativa, seguindo-se a análise dos crimes de menor potencial ofensivo, as medidas despenalizadoras, a repercussão na doutrina, a lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, na esfera Federal e sua repercussão na lei 9.099/95 e, por fim, as funções instrumentais e as funções simbólicas exercidas pelos Juizados Criminais.

## CAPÍTULO 1

### O SISTEMA PENAL E SUA CRISE DE LEGITIMIDADE

#### 1.1 Antecedentes históricos

Não se pode falar de sistema penal sem antes reconstruir a formação do Direito Penal moderno do qual ele deriva e da Criminologia, sobretudo porque a crise do sistema penal revela a crise que atingiu a dogmática e a criminologia positivista.

O Direito Penal, enquanto direito positivado, é apresentado como um dos meios de solução dos conflitos, não o único, e nem mesmo o mais eficaz, segundo LOPES<sup>1</sup> mas o que se manifestou desde os primórdios da história e se mantém até o presente, o que não surpreende pois desde “*as sociedades pré-letradas até às pós-industriais, os homens movem-se dentro de sistemas de regras*”<sup>2</sup>.

Por outro lado, ao falar-se em Direito Penal impõe situá-lo no contexto de seu nascimento. O direito é produto histórico e assim deve ser analisado e compreendido.

---

<sup>1</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro e FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo. RT 3ª Ed. 2.000, p. 454.

<sup>2</sup> LOSANO, Mario G. apud Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 199-, p. 17.

BATISTA já alertava para “*a essência econômica que subjaz às definições jurídicas abstratas como forma de prevenir uma versão idealista de aparição do direito na história*”<sup>3</sup>.

E aconselhava

(...), questionar imediatamente as formas de aparição histórica do direito, para contornar riscos idealistas aos quais podem expor-se os iniciantes. O mais grave desses riscos é aquele que Mialle chama de “universalismo a-histórico”, na medida em que as idéias constituíssem a matriz da realidade, a história do direito seria autônoma e destacada com respeito ao contexto histórico em que tal direito fora produzido, passando a compor um conjunto de noções universalmente válidas<sup>4</sup>.

BETTIOL igualmente, pondera que

não se pode, realmente, compreender o direito penal de um Estado isolando-o de seus pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos, porque o direito penal é a mais característica expressão da fisionomia de uma sociedade num determinado momento de sua evolução histórica e cultural (...) poucas disciplinas jurídicas são como o direito penal infiltradas pelo conteúdo das concepções dominantes, por aquele complexo de elementos que determinam a “atmosfera cultural” do momento histórico em que a norma vem à luz<sup>5</sup>.

É com esta perspectiva histórica que se inicia o estudo do Direito Penal moderno.

## 1.2 Escola Clássica

Na idade média, “*Julgar era estabelecer a verdade de um crime, era determinar seu autor, era aplicar-lhe uma sanção penal*”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.17.

<sup>4</sup> BATISTA, Nilo. Obra citada, p.17.

<sup>5</sup> BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo. RT 1977, p. 10

<sup>6</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da prisão**. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis (RJ): Vozes, 1987, p. 23.

O rigor da sanção – pena de morte ou castigos físicos -, o modo arbitrário como era conduzida a instrução criminal e a crueldade com que as penas eram executadas, conforme relata FOUCAULT em “Vigiar e Punir” - passaram a ser objeto de manifestações dos filósofos e pensadores que faziam parte do movimento conhecido como “iluminismo”, do qual a Escola Clássica tornou-se tributária.

Por Escola Clássica, expressão cunhada por Ferri em 1880<sup>7</sup>, segundo ele por reverência aos reformadores, entende-se um conjunto de teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena elaboradas a partir do século XVIII e meados do século XIX, na Europa, no âmbito da filosofia política liberal clássica<sup>8</sup>.

Conforme ANDRADE, ela surge num contexto de transformação da economia, do regime feudal para o capitalista e da política, do Estado absolutista para o Estado de Direito Liberal.

A Escola clássica se originou no marco histórico do iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e o Estado absolutista (o “Antigo regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, e se desenvolveu ao longo do processo de consolidação desta nova ordem<sup>9</sup>.

Para BARATTA<sup>10</sup> ela desenvolve-se em dois períodos distintos: o filosófico e o jurídico.

O primeiro inicia-se com BECCARIA e sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, datada de 1.764, considerada o marco fundacional do Direito Penal Moderno, embora a crítica tenha demonstrado, como lembra BARATTA, que se trata menos da “*obra original*”

<sup>7</sup> FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Caitanio, 2º ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 51 - 57.

<sup>8</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 32.

<sup>9</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47.

<sup>10</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 33.

*de uma genial personalidade do que a expressão de todo um movimento de pensamento em que conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu e, especialmente o francês”<sup>11</sup>.*

BECCARIA, na síntese de SODRÉ,

Revoltou-se contra o injusto privilégio da impunidade dos crimes de que gozavam os nobres, asseverando, em corajosa audácia, “que as pessoas da mais alta posição deviam sofrer as mesmas punições que o último dos cidadãos”, (...) levantou eloquente e enérgico protesto contra a feroz, a desumana e canibalesca instituição das torturas, estabelecida como um meio de prova bárbaro e inútil, ou prejudicial à verdade e à justiça; verberou veementemente a extorsão de juramentos e confissões que, por meio de suplícios e tormentos, se fazia aos processados<sup>12</sup>.

Por isto o autor combateu o direito penal do antigo regime, o qual qualificou de “*um código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros*”<sup>13</sup> cujo sistema penal foi retratado por FOUCAULT em “Vigiar e Punir” e propôs a elaboração de uma nova legislação penal e processual penal, com abolição da pena de morte, dos castigos cruéis e da proporcionalidade entre os delitos e as penas, preservando-se a liberdade individual ante o arbítrio do Estado através da estrita observância de um regime de legalidade penal e processual, ou seja, um Direito Penal e Processual Penal “*baseado nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas*”<sup>14</sup>.

Para ele, o Direito Penal era consequência de um contrato realizado entre os homens os quais, “*fatigados de viver apenas em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de a manter tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança*”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 33.

<sup>12</sup> ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 29.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus Livraria Editora Ltda, 1983, p. 07.

<sup>14</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 49.

<sup>15</sup> BECCARIA, Cesare. Obra citada, p. 14.

O segundo período tem em CARRARA e sua obra “Programa do Curso de Direito Criminal” de 1.859, seu grande momento e é com ele, segundo ANDRADE, que “A Ciência Penal atinge seu apogeu como “construção sistemática da razão”<sup>16</sup>.

Para CARRARA o Direito Penal não se origina de um contrato, como em BECCARIA, mas das leis divinas:

porque a sua essência deve forçosamente consistir na violação de um direito. Mas o direito é congênito ao homem, porque lhe foi dado por Deus, desde o momento de sua criação, para que possa cumprir os seus deveres nesta vida; deve, pois, o direito ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos: critérios absolutos, constantes e independentes dos seus caprichos e da utilidade avidamente anelada por eles<sup>17</sup>.

A Escola Clássica não distinguia o criminoso dos demais homens, pois para ela todos eram dotados de livre arbítrio, com capacidade para decidir o que é certo do que é errado.

O crime era considerado como “*fato individual, isolado, como mera infração à lei: é a contradição com a norma jurídica que dá sentido ao delito, sem que seja necessária uma referência à personalidade do autor (mero sujeito ativo do fato) ou à sua realidade social, para compreendê-lo*”<sup>18</sup>.

Anota BARATTA que

(...) a escola liberal clássica não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e também daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinqüente não era diferente, segundo a Escola

<sup>16</sup> ANDRADE, Vera Regina. Obra citada, p. 53.

<sup>17</sup> CARRARA, Enrico. **Programa do curso de direito criminal. Parte Geral.** Tradução por José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva. 1956, p.11.

<sup>18</sup> PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais.** Revista dos Tribunais. 1997, p. 134.

clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando onde fosse necessário, um dissuasivo ou seja, uma contra motivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade<sup>19</sup>.

Apesar disto, não havia unanimidade em relação às funções da pena: para BECCARIA, esta tinha uma finalidade preventiva: “*Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patícios do caminho do crime*”<sup>20</sup> enquanto para CARRARA, citado por BARATTA, “*o fim da pena não é a retribuição (...) nem a emenda, mas a eliminação do perigo social que sobreviria da imunidade do delito*”<sup>21</sup>.

Mas era predominante o entendimento, conforme relata MUNIZ, que atribuía à pena uma função predominantemente retributiva, pois “*sendo o crime a consequência de uma escolha do homem, que sabe distinguir e escolher entre o bem e o mal, a pena reduz-se a um castigo*”<sup>22</sup>.

Apesar de perdurar por quase um século, e apresentar dois marcos distintos, um, de luta contra o sistema penal antigo, outro de construção de um novo modelo, a escola clássica guarda uma unidade ideológica, que é, segundo ANDRADE

seu inequívoco significado político liberal e humanitário, pois a problemática comum e central que preside aos seus momentos fundacionais e atravessa o seu desenvolvimento é a problemática dos limites – e justificativas – do poder de punir face à liberdade individual<sup>23</sup>.

Para FERRI, os méritos da Escola Clássica foram: “*1º: fixação do fundamento e limite do direito de punir por parte do Estado; 2º: combate e abolição das penas capitais,*

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 31.

<sup>20</sup> BECCARIA, Cesare. Obra citada, p. 43.

<sup>21</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 37.

<sup>22</sup> SODRÉ, Muniz. Obra citada, p. 72 - 73.

<sup>23</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 47.

*corporais e infamantes: 3º: reivindicação e obtenção de todas as garantias para o indivíduo, durante o processo e na aplicação da pena”<sup>24</sup>.*

Em contrapartida, o mestre italiano aponta as deficiências que entende responsáveis pelo declínio da Escola como sendo

a) redução dos direitos legítimos da sociedade em face do delinqüente e b) a ênfase posta no crime e na pena, e não no delinqüente, pois que “não se preocupando em conhecer cientificamente a realidade humana e as causas da delinqüência, não era possível que delas indicassem os remédios adequados”<sup>25</sup>”.

São essas as deficiências apontadas pela Escola Positiva que ela se propõe a suprir.

### **1.3 Escola Positiva**

Pouco mais de cem anos depois da publicação da obra prima de BECCARIA, ou seja, em 1.876, LOMBROSO publica o “Homem Delinqüente” um dos marcos fundacionais não só da Escola Positiva, mas da Criminologia enquanto ciência, ou do denominado “paradigma etiológico”. Também aqui se faz necessário contextualizar esta transformação que se opera no Direito Penal e para tanto nos valem da constatação de ANDRADE para quem,

Inserida no horizonte histórico de transformações nas funções do Estado que apontavam para o intervencionismo na ordem econômica e social, sob a égide de novas ideologias políticas de cunho social ou socialista; de crise do programa clássico no combate à criminalidade; de predomínio de uma concepção positivista de ciência e declínio do jusnaturalismo ao lado do evolucionismo de Darwin e a obra de Spencer, a Escola Positiva partirá de pressupostos muito característicos que, distanciando-se daqueles que condicionaram a Escola clássica, explicam, também, o fulcro das críticas a ela dirigidas<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> FERRI, Enrico. Obra citada, p. 58 - 59.

<sup>25</sup> FERRI, Enrico. Idem, p. 61.

<sup>26</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 60.

Para a Escola Positiva o crime deixa de ser um ente jurídico, como proclamava a Escola Clássica para transformar-se num fato natural e social, portanto, passível de análise e experimentação, conforme a concepção positivista da ciência, predominante naquele tempo.

MOLINA assim sintetiza os postulados básicos da Escola:

O delito é concebido como um fato real e histórico, natural, não como uma fictícia abstração jurídica; sua nocividade deriva não da mera contradição com a lei que ele significa, senão das exigências da vida social, que é incompatível com certas agressões que põem em perigo suas bases; seu estudo e compreensão são inseparáveis do exame do delinqüente e da sua realidade social; interessa ao positivismo a etiologia do crime, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno e não simplesmente a sua gênese, pois o decisivo será combatê-lo em sua própria raiz, com eficácia e sendo possível, com programas de prevenção realistas e científicos; a finalidade da lei penal não é restabelecer a ordem jurídica senão combater o fenômeno social do crime, defender a sociedade<sup>27</sup>.

Conhecer pois, as causas que levam o homem a delinquir passou a representar o interesse maior dos estudiosos de então. E o primeiro a tentar responder a esta pergunta foi LOMBROSO, através de sua obra “O homem delinqüente” publicada em 1.876, fruto de pesquisas realizadas em hospitais psiquiátricos e prisões, em que concluiu que a criminalidade é nata, ou seja, o indivíduo já nasce com uma predisposição à prática do crime.

Posteriormente acrescentou como causas da criminalidade a epilepsia e a loucura moral.

FERRI, continuando os estudos de Lombroso, acrescentou que o criminoso sofre a influência de “*fatores individuais, orgânicos e psíquicos – fatores físicos, ambiente telúrico – fatores sociais, ambiente social*”<sup>28</sup>.

Ao contrário da Escola Clássica, que sustentava a igualdade dos homens, criminosos ou não, e neles reconhecia o livre arbítrio, ou seja, eles seriam dotados de vontade e capacidade de distinguir o certo e o errado, a Escola Positiva proclama que o

---

<sup>27</sup> MOLINA, Antônio Garcia - Pablos. Obra citada, p. 149.

<sup>28</sup> FERRI, Enrico. Obra citada, p. 62.

criminoso é um ser “anormal” e mais ou menos insuscetível de adaptação à vida social: pelas suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constituem uma classe especial, uma variedade da espécie humana.

Em razão disto, a responsabilidade do delinqüente não é moral mas social, pois como enfatiza FERRI,

(...) o homem é sempre responsável de todo seu ato, somente porque e até que vive em sociedade. Vivendo em sociedade, o homem recebe dela as vantagens da proteção e do auxílio para o desenvolvimento da própria personalidade física intelectual e moral. Portanto deve também suportar-lhe as restrições e respectivas sanções que asseguram o mínimo de disciplina social, sem o que não é possível nenhum consórcio civilizado<sup>29</sup>.

A pena, com os positivistas, deixa de ter um caráter retributivo, pois o delinqüente não era moralmente responsável pelos seus atos, e passa a ter um caráter de defesa social, levando em conta mais a periculosidade do agente do que a gravidade do delito.

Isto porque eles não acreditavam, conforme FERRI, que “*o remédio mais eficaz contra o crime era a pena*” razão pela qual sustenta o autor de Princípios de Direito Criminal que:

para a defesa contra a criminalidade, é necessário indagar-lhes as causas e, quanto às que são mais modificáveis pelo legislador, procurar quanto possível eliminá-las ou atenuá-las por meio de um conjunto de providências (por mim chamadas de “substitutivos penais”) que fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de direito privado e público)<sup>30</sup>.

Mas como a prevenção não impede a prática do crime, a repressão é necessária porém, sustenta FERRI que,

a pena, como a última ratio de defesa social repressiva, não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e

---

<sup>29</sup> FERRI, Enrico. Obra citada, p. 232.

<sup>30</sup> FERRI, Enrico. Idem, p. 65.

honestas, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária<sup>31</sup>.

Por isto, conclui, “(...) a insuprimível exigência para a hodierna justiça penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número”<sup>32</sup>.

Mas apesar das diferenças entre as duas escolas, que FERRI aponta como mais significativa a do método utilizado por elas<sup>33</sup>, ambas compartilhavam da mesma ideologia, ideologia esta que ainda perdura de forma predominante, não obstante as críticas que vem sofrendo por parte das teorias da reação social.

#### 1.4 Ideologia da Defesa Social

Apesar das diferenças que guardam entre si, sobretudo em relação ao método que empregam - “especulação, dedução do pensamento abstrato-dedutivo” (escola clássica) à “observação, à indução, ao método “positivo”, (escola positiva) ambas as escolas expressam a mesma ideologia – a ideologia da defesa social - que, segundo BARATTA, “nasceu contemporaneamente às revolução burguesa e, enquanto a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal”<sup>34</sup>.

BARATTA relacionou os princípios básicos desta ideologia, cujo conhecimento revela-se importante porquanto, embora ainda predomine no discurso oficial penal, começam a ser desmistificados pelas teorias da reação social, como se verá no decorrer do trabalho. São eles:

a) Princípio da legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instância

<sup>31</sup> FERRI, Enrico. Obra citada, p. 67.

<sup>32</sup> FERRI, Enrico. Idem, p. 67 - 68.

<sup>33</sup> FERRI, Enrico. Idem, ibidem, p. 64.

<sup>34</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 41.

oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias.)

b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.

c) Princípio da culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e as normas presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.

d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinqüente.

e) Princípio da igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.

f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais)<sup>35</sup>.

Estes princípios, segundo BARATTA, foram negados, o de legitimidade, pelas teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva; o do bem e do mal, pela teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia; o da culpabilidade, pela teoria das subculturas criminais; do principio do fim ou da prevenção, e o da igualdade, pela teoria do *labelling approach* e o do principio do interesse social e do delito natural, pela sociologia do conflito.

No presente trabalho, a ênfase recairá sobre a teoria do *labelling approach* ou do etiquetamento. Para tanto, é necessário reportar-se nascimento da criminologia e a ruptura do paradigma etiológico desencadeada pelo paradigma da reação social.

---

<sup>35</sup> BARATTA. Obra citada p. 42.

## 1.5 Criminologia: do paradigma etiológico ao paradigma da reação social

### 1.5.1 Paradigma etiológico

Em sentido amplo, como observa MOLINA, sempre houve crime e a humanidade sempre dele se ocupou, daí porque não se pode dizer que a criminologia se constitui numa preocupação recente. Mas em sentido estrito, ainda segundo o mesmo autor,

a Criminologia é uma disciplina “científica”, de base empírica, que surge quando a denominada Escola Positiva italiana (Scuola positiva) é dizer, o positivismo criminológico, cujos representantes mais conhecidos foram Lombroso, Garófalo e Ferri, generalizou o método de investigação empírico-indutivo. O último terço do século XIX marca a origem desta nova “ciência”<sup>36</sup>.

Isto é, a criminologia, enquanto disciplina que busca um status científico, é tributária da Antropologia Criminal, de LOMBROSO e da Sociologia Criminal, de FERRI, relevando notar que LOMBROSO é considerado seu fundador e sua obra “*O homem delinqüente*” é considerado como a obra que assinala seu nascimento.

A criminologia positivista, segundo ANDRADE, é definida como uma

ciência causal-explicativa da criminalidade, ou seja, que tendo por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno natural causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la. Ela indaga, fundamentalmente o que o homem (criminoso) faz e porque o faz<sup>37</sup>.

A primeira das respostas sobre as causas da criminalidade foram dadas por Lombroso, com base em pesquisas realizadas em hospitais psiquiátricos e prisões, na Itália.

O volume de pesquisas que realizou foi tanto que MOLINA afirma que

<sup>36</sup> PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia e GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo. RT. 1997. p. 131.

<sup>37</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma etiológico ao paradigma da reação social. Mudança e permanência de paradigmas criminológicas na ciência e no senso comum**. Florianópolis: UFSC, n. 30. p. 24 - 36, Jun. 1995.

para a criminologia sua contribuição principal não foi tanto a sua famosa tipologia, onde se destaca o criminoso nato, mas o método empírico por ele utilizado. Segundo este autor, Lombroso efetuou quatrocentas autópsias de delinquentes, e seis mil análises de delinquentes vivos, para, com base nesses estudos, elaborar a sua teoria do delincente nato além de ter efetuado o estudo minucioso de 25 mil reclusos de prisões européias para provar o atavismo que, segundo ele, caracterizaria o tipo criminoso<sup>38</sup>.

Para LOMBROSO, havia 6 tipos de delinquentes: o nato (atávico), o louco moral (doente), o epilético, o louco, o ocasional e o passional<sup>39</sup>.

Posteriormente, segundo PABLOS DE MOLINA, o próprio LOMBROSO mitigaria esta tipologia admitindo, em sua obra escrita na maturidade – *El crimen, sus causas y remedios* - a importância dos fatores sociais e exógenos no delito. E tal mudança reflete-se em suas estatísticas que, inicialmente apontavam de 65% a 70% da criminalidade formada por criminosos natos, percentual este reduzido para 40% na última edição de *O homem criminoso*, e para 1/3 em sua obra *El crimen, sus causas y remedios*<sup>40</sup>.

FERRI, que parte da antropologia lombrosiana, chega a conclusão de que o crime não é resultado apenas de uma patologia individual, sofrendo também a influência de outros fatores:

O delito, para Ferri, não é produto exclusivo de nenhuma patologia individual (o que contraria a tese antropológica de Lombroso) senão – como qualquer outro acontecimento natural ou social – resultado da contribuição de diversos fatores: individuais, físicos e sociais. Distinguiu assim, fatores antropológicos ou individuais (constituição orgânica do indivíduo, sua constituição psíquica, características pessoais como raça, idade, sexo, estado civil, etc...) fatores sociais (densidade da população, opinião pública, família, moral religião, educação alcoolismo etc...)<sup>41</sup>.

Ao contrário do que sustentavam os clássicos, no sentido de que o criminoso era um ser normal como outro qualquer, dotado de livre arbítrio, a criminologia positivista nega o livre arbítrio e afirma que o criminoso é um anormal, que constitui uma minoria da

---

<sup>38</sup> PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. Obra citada, p. 150.

<sup>39</sup> PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. Idem, p. 151.

<sup>40</sup> Idem, ibidem, p. 151

<sup>41</sup> Idem, ibidem, p. 155.

sociedade, sendo possível, através da ciência, descobrir o que o levou a praticar o crime e curá-lo.

Conforme ANDRADE, para a criminologia positivista, “*ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade*”<sup>42</sup>.

Concluindo, para o positivismo a criminologia é vista “*como estudo das causas ou dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo)*”<sup>43</sup>.

### 1.5.2 Paradigma da Reação Social

A partir de 1.930, e sobretudo nos Estados Unidos, a matriz positivista da criminologia (paradigma etiológico) começou a ser questionada e aos poucos foi sendo substituída por um novo paradigma o do *labelling approach* (ou paradigma da reação social).

Tributário do interacionismo simbólico e da etnometodologia, o *labelling approach* parte dos conceitos de “conduta desviada e “reação social” para formular sua tese central:

A de que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, 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<sup>44</sup>.

BECKER, *apud* ANDRADE, esclarece que

---

<sup>42</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Seqüência. Florianópolis: UFSC, n.30, p. 24-36, Jun.1995. p. 26.

<sup>43</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 30.

<sup>44</sup> *Apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 28.

os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualifica-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um “ofensor”. O desviante é uma pessoa, a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta): a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente<sup>45</sup>.

Mas para que alguém seja considerado criminoso não basta que pratique uma conduta prevista como crime.

BECKER esclarece ainda que “um ato dado seja desviante ou não depende em parte da natureza do ato (ou seja, se quebra ou não alguma regra) e, em parte do que outras pessoas fazem a respeito”<sup>46</sup>.

Desta forma, conclui BECKER,

devemos reconhecer que não podemos saber se um certo ato vai ser catalogado como desviante até que seja dada a resposta dos demais. O desvio não é uma qualidade presente na conduta mesma, senão que surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem perante o mesmo<sup>47</sup>.

Este paradigma contrapõe-se à ideologia da defesa social sobretudo negando o princípio do fim e da prevenção e o da igualdade, pois como observa BARATTA,

Para os fins de nosso discurso sobre a relação entre a criminologia liberal contemporânea e a ideologia penal, destaca-se que os resultados desta primeira direção de pesquisa, na criminologia inspirada no labeling approach, sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquentes determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosas<sup>48</sup>.

(.....) é certo que as teorias da criminalidade baseadas no labeling approach conduziram a resultados que, em certo sentido, são

<sup>45</sup> Apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 28 - 29.

<sup>46</sup> Apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Idem, p. 29.

<sup>47</sup> Idem, ibidem.

<sup>48</sup> BARATTA, Alessandro. ob. cit. p. 90

irreversíveis. De fato, em certos aspectos, estas teorias sacudiram os fundamentos da ideologia penal tradicional. Desta ideologia, colocaram em discussão, principalmente o elemento que no capítulo II denominamos princípio de igualdade, posto que demonstraram que a criminalidade, segundo a sua definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica, é um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental<sup>49</sup>.

O novo paradigma acaba por transformar-se, segundo ANDRADE, de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal, apresentando um conjunto de resultados irreversíveis sobre o caráter seletivo do sistema penal. Assim,

desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e 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 lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso oficial, uma incriminação igualitária de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações legalmente definidas como crime<sup>50</sup>.

E conclui ANDRADE que, “*A clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos*”<sup>51</sup>.

### **1.5.3 Do *labelling approach* à Criminologia Crítica**

O *labelling approach* representa uma mudança de paradigma na criminologia, até então voltada ao estudo das causas da criminalidade e dos meios para combatê-la.

---

<sup>49</sup> BARATTA, Alessandro.ob.cit.p. 112 e 113

<sup>50</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Idem, p. 31.

<sup>51</sup> Idem, ibidem, 32.

Contudo, a criminologia liberal contemporânea, da qual a teoria do labelling faz parte, por não se constituir num conjunto teórico homogêneo, revelou-se incapaz de contrapor-se, como um todo, à ideologia da defesa social, o fazendo apenas de modo pontual através de cada uma de suas teorias. Além do mais, não foi capaz de superá-la, pois na medida em que admite, embora implicitamente, a tese da universalidade do delito e da pena, contribui para dar nova legitimidade ao sistema penal. Neste contexto é que surge o movimento da nova criminologia ou Criminologia Crítica<sup>52</sup>.

De acordo com BARATTA, a Criminologia Crítica pretende, utilizando-se de um instrumental teórico extraído da teoria marxista da sociedade, reinterpretar os resultados obtidos pela sociologia criminal liberal<sup>53</sup>.

Segundo esta concepção, o Direito Penal se apresenta como *um “sistema dinâmico de funções”, no qual se distingue três mecanismos: a) o da produção das normas (criminalização primária) b) o da aplicação das normas (criminalização secundária) e c) o da execução da pena ou das medidas de segurança*<sup>54</sup>.

Análises teóricas e pesquisas demonstraram que, ao contrário do que proclama a ideologia da defesa social (o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra a ofensa aos bens essenciais - a lei penal é igual para todos):

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e, quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.
- b) A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos.
- c) O grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade<sup>55</sup>.

Conforme a criminologia crítica o Direito Penal, por um lado, privilegia os interesses das classes dominantes e, por outro lado, imuniza dos processos de

---

<sup>52</sup> BARATTA, Alessandro. Idem, p. 150-152.

<sup>53</sup> Idem, ibidem, p. 160.

<sup>54</sup> Idem, ibidem, p. 161.

<sup>55</sup> BARATTA, Alessandro. Idem, p. 162.

criminalização os comportamentos danosos que são típicos de indivíduos que a ela pertencem.

Em contrapartida, o processo de criminalização é dirigido para condutas desviantes próprias das classes sociais subalternas, clientela preferencial do sistema penal.

### 1.6 Sistema Penal

O sistema penal “*é uma complexa manifestação do poder social*”<sup>56</sup>, que foi elaborado a partir de fins do século XVIII até o século XIX, tendo como paradigmas fundamentais o tripé dogmática penal-criminologia-política criminal<sup>57</sup>.

Segundo BATISTA<sup>58</sup>, compreende a instituição policial, a judiciária e a penitenciária.

Para ANDRADE,

Na estrutura organizacional do moderno sistema penal, podem-se distinguir (..) duas dimensões e níveis de abordagem: a) uma dimensão definicional ou programadora do controle penal que define as regras do jogo para as suas ações e decisões e os próprios fins perseguidos, que define, portanto o seu horizonte de projeção; b) uma dimensão operacional que deve realizar o controle penal com base naquela programação”. Acrescenta ainda que “O Direito Penal entendido como lei ou legislação penal integra a dimensão programadora do sistema. (...) O poder legislativo é (...) a fonte básica da programação do sistema, enquanto as principais agências de sua operacionalização são a Polícia, a Justiça e o sistema de execução de penas e medidas de segurança, no qual a prisão ocupa o lugar central”<sup>59</sup>.

Anota CIRINO DOS SANTOS que o sistema penal faz parte do controle social: “*O sistema penal (como todo sistema) existe como a articulação funcional de vários*

<sup>56</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Perdoas, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan 1991, p. 16

<sup>57</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. Obra citada, p. 182

<sup>58</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 25.

<sup>59</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira. Obra citada, p. 187.

*elementos sincronizados: a lei penal (criminalização e ritualização), a justiça criminal (aplicação penal), a polícia e a prisão (repressão penal) e órgãos acessórios<sup>60</sup>”.*

Ainda segundo o autor, ele aparece como um sistema que declara garantir uma ordem social justa, “*protegendo bens jurídicos gerais, e, assim, promovendo o bem comum*”.

Ressalta contudo, que ao contrário do que declara o discurso oficial, o sistema penal é voltado para a proteção dos interesses, necessidades, bens jurídicos das classes dominantes, concentrando as condutas lesivas na área patrimonial, e com isso “*garantindo seus interesses de classe a as condições necessárias à sua dominação e reprodução como classe*”<sup>61</sup>.

Por outro lado, anota ainda, as condutas lesivas características das classes dominantes, que mais dano provocam, porque atingem o conjunto da sociedade ou grande parte dela, ou não são criminalizadas ou são incriminadas “*de modo impreciso e vago, impedindo a repressão penal (e, de qualquer modo, o caráter irrisório das penas – geralmente , multas – transforma essas práticas criminosas em “investimentos” altamente lucrativos)*”<sup>62</sup>.

Criticando o sistema penal BARATTA afirma que observando-o

como efetivamente é e funciona, e não como deveria ser, sobre a base das normas legais e constitucionais, podemos dizer que na maior parte dos casos este atua não como um sistema de proteção de direitos humanos, mas como um sistema de violação destes. Estudos e controles realizados por instituições e comissões de direitos humanos nacionais internacionais, colocaram em evidência as graves violações ocorridas em decorrência do funcionamento da justiça criminal, em relação a quase todas as normas de proteção dos direitos humanos na legislação local e em convenções internacionais. Trata-se de sérias ilegalidades cometidas por parte dos órgãos de polícia no processo penal e na execução das penas. Não são poucos os casos de violações de leis e regulamentos nacionais frente a princípios de direito penal liberal nacional e internacional”. (...) Mas a transgressão da lei , da constituição e dos direitos humanos por parte da função punitiva constitui a norma no caso de sociedades nas quais as regras do

<sup>60</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal. A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense. 1985, p. 25.

<sup>61</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Idem*, p. 26.

<sup>62</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 26 - 27.

jogo democrático foram suspensas seja de fato ou de direito e em situações de profundas desigualdades sociais nas quais os grupos dominantes exercem , através das instituições do estado ou juntamente com elas, uma ação de repressão voltada à sustentação violenta de seus privilégios<sup>63</sup>.

Esta é a situação que leva à crise de legitimidade do sistema penal, que analisaremos a seguir, a qual, como observa ANDRADE, decorre do não cumprimento das funções declaradas<sup>64</sup>.

### 1.6.1 A Crise de Legitimidade

O sistema penal moderno começa a ser modelado em fins do século XVIII e se consolida durante o século XIX como um sistema que se propõe a tutelar uma ordem social justa.

A ideologia da defesa social, que o inspira foi reconstruída por BARATTA que aponta seus princípios como sendo o da:

- a) legitimidade (Estado legitimado para reprimir a criminalidade);
- b) do bem e do mal (o bem, representando a sociedade, o mal, o crime e o criminoso;
- c) da finalidade ou da prevenção (função da pena não é só retributiva, mas de prevenção geral e especial, com a ressocialização do delinqüente;
- d) da igualdade (criminalidade é violação da lei penal, constituindo-se no comportamento de uma minoria). A lei penal se aplica a todos, indistintamente;
- e) do interesse social e do delito natural (o crime é uma ofensa aos interesses fundamentais e essenciais à vida em sociedade). Os interesses protegidos interessam a todos os cidadãos<sup>65</sup>.

Este modelo de sistema penal, legitimado pela ideologia da defesa social começou a ser questionado a partir da década de 60 do século XX, através de um processo que

---

<sup>63</sup> BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de ciências penais**. Ano 6, vol.6. p. 54 - 55.

<sup>64</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Obra citada, p. 182.

<sup>65</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2º ed. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 42.

COHEN denomina de impulso destruidor e ZAFFARONI, de marcos teóricos fundamentais da deslegitimação do sistema penal<sup>66</sup>.

Foram várias as teorias que contribuíram para desconstruir, segundo BARATTA, os princípios integrantes da ideologia da defesa social, teorias estas já mencionadas no item 1.4, sendo que a ênfase será dada ao *labelling approach* ou teoria da reação social, por se constituir, no dizer de BARATTA, na negação dos princípios do fim e da prevenção e sobretudo, do princípio da igualdade, esta, a base do sistema penal<sup>67</sup>.

Muito embora reconheça a existência de vários marcos teóricos deslegitimantes do sistema penal, ZAFFARONI vê também, na teoria do *labelling approach* ou rotulação ou etiquetamento ou da reação social a contribuição mais importante e irreversível no processo de deslegitimação do sistema penal<sup>68</sup>.

As pesquisas demonstram que não existe uma criminalidade que preexiste ao sistema penal e é combatida por ele, com vistas à tutela de interesses e bens jurídicos de todos os cidadãos, como proclama a ideologia da defesa social.

Pelo contrário, o que se constata é que a criminalidade é uma criação do próprio sistema

que, ao reagir constrói constitui o universo da criminalidade (daí processo de criminalização) mediante: a) a definição legal de crimes e outras normas pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal (criminalização primária); b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num continuum pela Polícia - Ministério Público e Justiça (criminalização secundária); c) estigmatização, especialmente através da prisão, como criminosos, entre todos aqueles que praticam tais condutas. A criminalidade se revela, portanto, no novo paradigma, como uma realidade socialmente construída através do processo de criminalização seletivo. E seletivo porque a lógica do sistema é criminalizar as pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais (a clientela de presos pobres, no Brasil é de 95%) e imunizar as pertencentes aos

---

<sup>66</sup> COHEN, Stanley apud ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violênciado controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.182.

<sup>67</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 85 - 116.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 60.

extratos médio e algo, com a qual se evidencia sua relação funcional com a estrutura da desigualdade social<sup>69</sup>.

A crise de legitimidade resulta , pois, da constatação de que o sistema penal, ao invés de realizar as funções para as quais foi programado, ou seja, o exercício da função punitiva com igualdade e segurança jurídica, é seletivo e arbitrário, contribuindo assim para reproduzir a desigualdade existente na sociedade, pois, como sustenta ANDRADE, o sistema penal exerce uma função latente que

não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça.)<sup>70</sup>.

Várias respostas foram elaboradas para superar a crise dentre as quais se destacam o abolicionismo penal e a intervenção penal mínima que serão objetos de análise no próximo capítulo.

---

<sup>69</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A tessitura da biografia criminal seletiva e estigmatizante. In: **Estigmas da Criminalização**, de Francisco Bissol Filho. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda.1998, p. 19 - 20.

<sup>70</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do estado**. Org. Rogério Dutra dos Santos, Florianópolis.Ed.Diploma Legal, 1999, p. 31.

## **CAPÍTULO II**

### **ALTERNATIVAS À CRISE**

#### **2.1 Da negação da crise à relegitimação do sistema.**

Como foi analisado no capítulo anterior, a crise de legitimidade do sistema penal apresenta-se através de um duplo diagnóstico: a) o da crise de legitimidade, relacionado ao fracasso das funções declaradas e ao sucesso das não declaradas, e , b) a crise de eficiência.

A deslegitimação teórica é percebida através dos próprios fatos, na região marginal da Americana Latina, como observa ZAFFARONI, e desencadeada nos países centrais, com reflexos também em nossa região, pelas pesquisas realizadas sobretudo em fins da década de 50 e início da década de 60 pela sociologia criminal americana, que “desconstruiu”, segundo BARATTA, os princípios da ideologia social que há quase 200 anos dominam o sistema penal.

Mas nem todos reconhecem a crise, que é um produto da constatação de que o sistema penal não é igualitário e garantidor, como sustenta o discurso oficial, mas arbitrário e seletivo, como demonstram as pesquisas.

Anota ZAFFARONI que alguns reagem à crise através de mecanismos de fuga (negação epistemológica da deslegitimação ou retorno ao retribucionismo) ou de atitude por ele denominada de “*a funcionalidade burocrática da agência judicial*”<sup>71</sup>.

No primeiro caso, numa visão tributária do positivismo jurídico, entende-se que o discurso penal deve restringir-se à interpretação da lei ao nível semântico, afastando-se qualquer dado da realidade.

No segundo, que para ZAFFARONI trata-se mais de uma atitude que de uma elaboração teórica e igualmente influenciado pelo positivismo jurídico, um quase neo-contratualismo, evita-se a crise de legitimidade refugiando-se no retribucionismo com características mais ou menos de prevenção geral ou metafísica, nele devendo ser incluída também a versão de Hart, segundo a qual a pena se justifica com base nos princípios da igualdade e da liberdade:

Quando alguém vive em sociedade sem violar o direito, encontra-se em uma situação diferente daquele que o faz violando o direito, depreendendo-se, portanto, a necessidade de retribuir ao violador do direito o mal que causou. O “princípio da liberdade”, por seu lado, pressupõe que o violador do direito já calcula as penas de modo que, na opção pela violação do direito, já se encontra a opção pelo castigo<sup>72</sup>.

A terceira postura apontada por ZAFFARONI, que segundo ele manifesta-se também como uma atitude, é protagonizada pelo órgão judiciário quando sustenta que “*a legitimidade geral do sistema penal não é problema de sua incumbência, reduzida unicamente à solução dos casos concretos conforme as pautas legais que regem o fato particular a resolver*”<sup>73</sup>.

Ao lado dos que negam a crise existem os que a reconhecem, mas procuram relegitimar o sistema.

---

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa. Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan 1991, p. 80 - 81.

<sup>72</sup> HART, Herbert L. A. , apud ZAFFARONI, Eugênio Raul. Obra citada, p. 81.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Idem, p. 83.

ZAFFARONI destaca o discurso sistêmico nos países centrais como a mais significativa tentativa de relegitimação do sistema penal, mas critica-o por colocar em risco todas as garantias do direito penal liberal, como os bens jurídicos.

O discurso sistêmico, apesar de reconhecer tanto a falsidade do discurso jurídico penal tradicional, como os dados reais deslegitimantes do exercício do poder do sistema penal, responde simplesmente que é necessário que assim seja por ser funcional para a manutenção do “sistema social”, única coisa que importa, ou pelo menos a mais importante<sup>74</sup>.

## 2.2 Os que reconhecem a crise e buscam alternativas

Num terceiro grupo, ZAFFARONI relaciona aqueles que respondem à deslegitimação a partir do plano político-criminal. Dentre estes, aponta: a) programa de intervenção penal mínima, b) o abolicionismo penal. c) uso alternativo do direito.d) possibilidade de uma resposta marginal<sup>75</sup>.

Para fins deste trabalho, uma vez que o discurso oficial dos Juizados Especiais Criminais aponta-o como uma vertente do minimalismo penal, restringiremos a análise ao Abolicionismo e ao Direito penal mínimo.

### 2.2.1 Abolicionismo penal

Inicia-se com o abolicionismo penal, ante sua radicalidade. A constatação de que a pena é um sofrimento inútil, “que produz um enorme volume de violência e de dor, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e morte<sup>76</sup>”, levou alguns estudiosos a propor não a reforma mas a abolição do sistema penal.

---

<sup>74</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Obra citada, p. 87.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Idem, p. 74 - 115.

<sup>76</sup> KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: **Conversações abolicionistas, uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim. 1997, p. 67.

O movimento não é homogêneo. ZAFFARONI menciona uma vertente marxista (Thomas Mathiesen); uma fenomenológica (Louk Hulsman) uma estruturalista (Foucault) e uma fenomenológica-historicista (Nils Christie). Teve início na década de 60, sendo consequência das várias teorias sociológicas americanas que desestruturaram o paradigma da criminologia etiológica substituindo-o pelo paradigma do labeling approach, teoria esta analisada no capítulo anterior<sup>77</sup>.

Os abolicionistas negam legitimidade aos sistemas penais, sejam eles os atuais ou os que vieram a ser modelados no futuro.

Para substituí-los propõem formas alternativas de solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Segundo MATHIESEN, “*o calcanhar de Aquiles, o solo de barro da prisão é sua total irracionalidade em termos de seus próprios objetivos estabelecidos*”<sup>78</sup>.

Para ele, os cinco objetivos utilizados para justificar a prisão – reabilitação, intimidação do indivíduo, prevenção geral, interdição dos transgressores e justiça equilibrada não têm sido alcançados, pois a “*prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas*”<sup>79</sup>.

Ainda segundo MATHIESEN, a irracionalidade da prisão constitui-se num segredo que é protegido pelos administradores, pelos intelectuais e os pesquisadores (eles estão também silenciosos ou, no melhor dos casos sussurrando seus protestos) e pelos meios de comunicação de massa e se esse segredo fosse desvendado, acabaria com o sistema atual<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. In: **Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores Edson Passetti, e Roberto Baptista Dias da Silva, p. 7 - 8.

<sup>78</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - **Abolição, um sonho impossível?** In: *Conversações abolicionistas, uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Org. Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva, São Paulo: IBCCrim. 1997, p. 270.

<sup>79</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada, p.

<sup>80</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada, p. 277 - 280.

Como solução, propõe o pensador norueguês, entre outras medidas: em relação às vítimas –

compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível<sup>81</sup>.

Em relação ao transgressor, sustenta MATHIESEN que “a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza”. Por isso, em relação a ele propõe como medidas, dentre outras:

moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento mas não baseados na força e – mais importante – uma mudança em nossa política sobre drogas<sup>82</sup>.

E justifica:

Legalizando as drogas e tornando-as, assim como a metadona, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas. Por si mesma, percorreria um longo caminho em direção ao esvaziamento de nossa prisões<sup>83</sup>.

NILS CHRISTIE aponta a existência de dois tipos de justiça: a piramidal, que tem em Moisés seu exemplo, e a igualitária ou horizontal, simbolizada em mulheres reunidas a beira de uma fonte de água, que tratam de atos e situações concretas:

Moisés desceu da montanha. Carregava nos braços as regras gravadas no granito, ditadas por alguém do além do alto das montanhas. Moisés era apenas um mensageiro, as pessoas – numerosa população – eram os receptores controlados pelo alto.

(...) mulheres reunidas a beira da fonte de água, do poço ou em pontos de encontros freqüentados ao longo do rio. Aqui elas vêm freqüentemente, todo dia, na mesma hora. Pegam água, lavam a roupa e trocam informações e pontos de vista. O ponto de partida para a conversa será sempre atos e situações concretas. Estes poderão ser descritos, comparados a ocorrências similares no passado ou em algum outro lugar e avaliados – certo ou errado,

---

<sup>81</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada. p. 276

<sup>82</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada. p. 276

<sup>83</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada. p. 276

bonito ou feio, forte ou fraco. Aos poucos, mas nem sempre, pode emergir algum entendimento comum das ocorrências<sup>84</sup>.

Para ele, o “crime não existe. Ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos!”<sup>85</sup>.

Por isto se opõe a “justiça piramidal” que predomina no mundo moderno, e propõe um retorno a um tipo de justiça horizontal.

Christie vê nos “comitês de mediação” ou “conselhos para soluções alternativas a conflitos” uma opção à justiça penal legal:

As partes em conflito devem ter a chance de se reunir, pessoas de fora devem ajudá-los, o propósito deste encontro deve ser o de criar uma avaliação do conflito e uma compensação à parte ofendida mas não uma pena para o outro participante<sup>86</sup>.

Citado por Zaffaroni, HULSMAN, um dos mais destacados expoentes deste movimento, apresenta 3 razões fundamentais para a abolição do sistema penal: a) causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; b) não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos e c) é sumamente difícil ser mantido sob controle<sup>87</sup>.

Segundo ele, a sanção penal não é a única maneira de solucionar os conflitos que surgem em decorrência dos relacionamentos humanos, conforme demonstra através de uma parábola intitulada “dos cinco estudantes”:

Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O

---

<sup>84</sup> CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: **Conversações abolicionistas, uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim. 1997, p. 241 – 242.

<sup>84</sup> MATHIESEN, Thomas. Obra citada, p. 276.

<sup>85</sup> CHRISTIE, Nils. Obra citada, p. 247 - 248.

<sup>86</sup> CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. Obra citada, p. 252.

<sup>87</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa. Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan 1991, p. 98.

estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague”; O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: “ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico levá-lo a um psiquiatra, etc...”O último, enfim, sussurra:” a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse...vamos juntos fazer um exame de consciência<sup>88</sup>”.

HULSMAN qualifica as respostas à situação problema vivida pelos estudantes como punitiva, compensatória, terapêutica, conciliadora.

Para ele, há dois tipos de postura em relação ao abolicionismo; *uma, que nega legitimidade à justiça criminal, vendo nela não uma resposta legítima a situações-problemas mas sendo ela própria um problema público. Outra, preocupada não tanto com a abolição da justiça criminal em si, mas com uma “maneira de olhar para ela”<sup>89</sup>.*

Neste sentido, a ênfase é a superação da linguagem envolvendo a justiça criminal por outra que

permita testar a hipótese de que a justiça criminal não é “natural” e que sua “construção” não pode ser legitimada. Se essa hipótese for validada, a linguagem prevalecente sobre a justiça criminal tem de ser desconstruída e a justiça criminal aparecerá como um problema público em vez de uma solução para problemas públicos. O primeiro tipo de abolição será assim legitimado<sup>90</sup>.

Uma vez que a justiça criminal é incapaz de elaborar uma reconstrução dos fatos tal qual eles aconteceram, a proposta de HULSMAN para abolir a justiça criminal passa, num primeiro momento, pela reconstrução dos fatos a partir dos próprios envolvidos:

temos de ir até aqueles diretamente envolvidos no caso e perguntar-lhes sobre o que aconteceu, de que maneira eles se sentiram ou se sentem injustiçados por ele, a quem ou a qual “estado de coisas” eles atribuem a responsabilidade pelo evento, o

---

<sup>88</sup> HULSMAN, Louk, e CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas. O sistema penal em questão/Niterói.** Luam Editora Ltda. 2ª ed. 1997, p. 101.

<sup>89</sup> HULSMAN, Louk, obra citada, p. 196.

<sup>90</sup> HULSMAN, Louk. Idem, p. 197.

que desejam fazer a respeito dele e/ou querem que seja feito pelos outros<sup>91</sup>.

E para reconstruir esta realidade, HULSMAN propõe a substituição da expressão “comportamento criminoso ou criminalizável” pelo conceito de “situação problemática”, como estratégia para levantar questões tipo “quem acha que esta situação é problemática? O que ocorreu? o que deseja? Etc...

Sintetizando seu pensamento a respeito da forma acadêmica da abolição, esclarece HULSMAN que a ênfase estaria:

Em situações, em vez de comportamento.  
 Na natureza problemática, em vez de na natureza ilegal criminosa.  
 Na pessoa/instância para quem algo é problemático (vítima), em vez do agressor. O agressor somente entra em cena quando a vítima define o evento de uma maneira que o torna relevante.  
 Na questão “o que pode ser feito, por quem”, sob a perspectiva do futuro (menos problemas ou menos problemático) e do passado (reordenação) em vez de na gravidade e na alocação da culpa ao agressor<sup>92</sup>.

Enquanto prevalecer a ideologia da defesa social, com sua visão a-histórica do Direito Penal, a utopia abolicionista enfrentará sérias dificuldades em conquistar adeptos, apesar da crise de legitimidade e de eficiência do sistema penal.

Por isto a ênfase na abolição da linguagem da justiça criminal revela-se como uma estratégia convincente, como primeiro passo, pois, como proclama HULSMAN, um dos mais destacados teóricos deste movimento,

Somos capazes de abolir a justiça criminal em nós mesmos, de usar outra linguagem para que possamos perceber e mobilizar outros recursos para lidar com situações-problemas. Quando usamos outra linguagem, ensinamos esta linguagem a outras pessoas. Nós as convidamos, de uma certa maneira, para também abolirem a justiça criminal.

---

<sup>91</sup> HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: **Conversações abolicionistas, uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva, São Paulo: IBCCrim. 1997, p. 206 - 207.

<sup>92</sup> HULSMAN, Louk. Obra citada, p. 210.

A proposta abolicionista, apesar dos adeptos, sofre sérias restrições, uma delas partindo de Ferrajoli, um dos mais destacados teóricos do Direito Penal mínimo, que vislumbra nela “o perigo de bellum omnium, com suas reações vindicativas descontroladas e o perigo de um disciplinarismo social que impeça o delito de maneira puramente física, à custa da liberdade de todos<sup>93</sup>”.

### 2.2.2 Intervenção penal mínima

Quando se fala em direito penal mínimo ou contração penal, ou intervenção penal mínima, há que se distinguir, como faz ZAFFARONI, duas tendências: a que adota o modelo como tática para se atingir a supressão do Direito Penal, na linha do abolicionismo, e aqui poderia ser incluído BARATTA e o próprio ZAFFARONI, ou a que vislumbra no Movimento uma necessidade, por acreditar ser impossível a existência de uma sociedade sem Direito Penal, como FERRAJOLI, para quem, “*mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada)*”<sup>94</sup>.

FERRAJOLI, apud ZAFFARONI, discorda dos abolicionistas que sustentam que todo sistema penal é ilegítimo.

Para ele, “um sistema penal mínimo legitima-se, unicamente, através de razões utilitárias, ou seja, pela prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito”. Por isto vê na pena uma dupla função: a) prevenção do delito através de uma pena mínima e b) prevenção das penas desproporcionais, através de uma pena máxima<sup>95</sup>.

O autor vê na história do Direito Penal, uma luta contra a vingança e não uma substituição da vingança privada pela vingança pública.

Por isto sustenta que o fim do Direito Penal não pode reduzir-se a uma mera defesa social contra a ameaça representada pelos delitos, razão pela qual atribui ao direito

---

<sup>93</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Obra citada, p. 103.

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Obra citada, p. 95.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa. Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan 1991, p. 95 - 96.

penal uma dupla função: a de prevenção dos delitos, que se manifesta no limite mínimo das penas, e a prevenção contra a violência das penas, que se manifesta no limite máximo dado a elas, vindo nesta a função mais importante.

Para FERRAJOLI, o Direito Penal mínimo se constitui numa técnica de tutela dos direitos fundamentais, sendo a lei penal a lei do mais débil, que tanto pode ser a vítima, (protegendo-a da violência do delinquentes) quanto este (protegendo-o da violência da parte ofendida).

E os direitos fundamentais se constituem nos parâmetros que definem os âmbitos e limites como bens, os quais não devem ser ofendidos nem pelos delitos nem pelas punições<sup>96</sup>.

Ao contrário de FERRAJOLI, BARATTA crê ser possível uma sociedade sem Direito Penal, e, como Gustav Radbruch, que ele cita, sustenta que a melhor reforma do Direito Penal seria a de substituí-lo, não por um Direito Penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o Direito Penal<sup>97</sup>.

Mas para que esta meta possa ser atingida, há que ser transformada a sociedade, pois o Direito Penal está umbilicalmente relacionado com a sociedade capitalista, a qual se baseia na desigualdade e na subordinação:

*“Quanto mais uma sociedade é desigual”, sustenta, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato do direito penal burguês”<sup>98</sup>.*

BARATTA, partindo dos resultados obtidos pelas ciências histórico-sociais e da criminologia crítica com a análise dos sistemas punitivos em suas manifestações empíricas, organização e funções reais, os quais já foram apreciados no capítulo I, traça os princípios de um direito penal mínimo, dividindo-os em dois grupos: a) os intra-sistemáticos

---

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. In: **Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre o controle social**. Barcelona. 1986, p. 39.

<sup>97</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, p. 207

<sup>98</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 206-207

(garantias e limites dentro do sistema) b) os extra-sistemáticos (critérios políticos e metodológicos visando a descriminalização e alternativas ao sistema penal de solução de conflitos).

No primeiro grupo são relacionados seguintes princípios:

1 – princípio de limitação formal, que compreende: a) princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito – ou seja, a violência punitiva deve submeter-se ao controle absoluto da lei, para evitar-se as penas de morte extrajudiciais, as torturas, os desaparecimentos, etc... b) princípio da taxatividade, ou seja, proibição da analogia e dos tipos penais com descrições vagas c) princípio de irretroatividade d) princípio do primado da lei penal substancial – garante o princípio da legalidade na fase policial, durante o processo e na fase de execução da pena; e) princípio da representação popular, ou seja, a participação popular na vontade legislativa, através de eleições livres, secretas, e partidos livres.

2 – princípio de limitação funcional que compreende: a) o princípio da resposta não contingente, ou seja, a lei penal se constitui numa resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros. Sendo assim, a elaboração da lei penal deve ser precedida de um amplo debate no âmbito dos partidos e da comunidade. b) princípio da proporcionalidade abstrata ou seja, só as graves violações dos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais. As penas devem ser proporcionais ao dano social causado pela violação; c) princípio de idoneidade, ou seja, além da violação grave dos direitos humanos e do princípio da proporcionalidade, a pena só se justifica se provado que exerce um efeito útil em relação às situações em que se presume uma grave ameaça aos direitos humanos. d) princípio da subsidiaridade, ou seja, a pena só pode ser aplicada se ficar provado que não existem modos não penais de intervenção para responder à situações de ameaças ou lesões aos direitos humanos; e) princípio da proporcionalidade concreta e princípio de adequação do custo social, ou seja, em muitos casos deve ser levado em conta as conseqüências negativas que a pena pode ter não só sobre quem incide, mas sobre sua família e seu ambiente social. Além do mais, as vezes a pena agrava e reproduz os conflitos nas áreas que intervêm. A pena também gera efeitos diversos dependendo da situação social dos condenados pelo que devem ser utilizados critérios destinados à compensar e limitar as desigualdades sociais dos efeitos da pena nos

condenados e em seu ambiente social, como por exemplo, a suspensão condicional, a liberdade condicional e as penas alternativas; f) princípio da implementaridade administrativa da lei, ou seja, a Justiça penal se apresenta como uma organização que só pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo suas sanções apenas contra uma parte infinitesimal, e preferencialmente contra aqueles que pertencem as camadas mais pobres da população, de seus potenciais clientes, que são infratores da lei. Uma das razões é a discrepância entre os recursos administrativos e o programa legislativo. A solução seria adequar os recursos aos programas o que é impossível, ou adequar os programas legislativos aos recursos existentes. A aplicação correta deste princípio por si só bastaria para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção penal: g) princípio do respeito e das autonomias culturais; h) princípio do primado da vítima, ou seja, substituir em parte o direito punitivo pelo direito restitutivo.

3 – Princípios gerais de limitação pessoal e o de limitação da responsabilidade penal: a) princípio da imputação pessoal ou da personalidade, ou seja, a pena só pode ser aplicada ao autor ou autores do delito b) princípio da responsabilidade pelo fato ou seja, rejeita-se o direito penal do autor; c) princípio da exigibilidade do comportamento conforme a lei, ou seja, procura-se depurar o conceito de culpabilidade dos elementos metafísicos e morais que tradicionalmente lhe são atribuídos. Trata-se de uma construção dogmática baseada mais no contexto situacional da ação do que em um elemento interior.

Quanto aos extras-sistemáticos, ele os divide em:

1 - princípios extra sistemáticos de descriminalização, que compreende a) o princípio da não intervenção útil que significa que nem sempre a alternativa à criminalização é representada por outro meio de controle formal ou informal; b) princípio da privatização dos conflitos, ou seja, trata-se de uma estratégia que visava possibilidade de substituir parcialmente a intervenção penal por meio de formas de direito restitutivo e acordo entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação; c) o da politização dos conflitos, ou seja, restituir aos conflitos a dimensão política que lhes é própria, considerando como alternativas ao tratamento penal formas de intervenção institucionais confiáveis; d) princípio da preservação das garantias formais ou seja, mesmo deslocando os conflitos para fora do campo da intervenção penal, deve ser preservada as

garantias formais, o que poderia acontecer com a descriminalização e o deslocamento de conflitos da área penal para a área administrativa.

2 - princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais, que compreende (a) princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e da pena, ou seja, tentativa de compreensão dos conflitos e dos problemas, bem como das respostas numa ótica que não a penal; b) princípio de especificação dos conflitos e dos problemas, ou seja, o sistema penal funciona como um aglomerado arbitrário de comportamentos puníveis, que não tem outro elemento em comum que não o de estar sujeitos a resposta punitiva. A proposta feita através deste princípio é no sentido de efetuar um reagrupamento mais coerente levando-se em conta as áreas mais homogêneas, possibilitando assim respostas diferenciadas e mais adequadas à natureza do conflito e dos problemas do que aquela proporcionada pelo sistema penal, pois, como indaga BARATTA, o que tem em comum, além do fato de estarem sujeitos a uma resposta punitiva, delitos tão diferentes entre si como o aborto e o funcionamento ilegal de instituições do Estado, ou as lesões corporais entre particulares e a grande criminalidade, os pequenos furtos e as grandes infrações ecológicas?; c) princípio geral de prevenção – trata-se de deslocar cada vez mais a ênfase posta nas formas de controle repressivo para as formas de controle preventivo.d) princípio de articulação autônoma dos conflitos. É o princípio mais importante dos princípios extra-sistemáticos. Isto porque nenhuma mudança democrática da política de controle social pode ser operada sem que logrem passar de ser sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático a sujeitos ativos na definição dos conflitos de que fazem parte e na construção de formas e de instrumentos de intervenção institucional e comunitária idôneas para resolver os conflitos segundo as próprias necessidades reais<sup>99</sup>.

Para BARATTA, a proposta de Direito Penal mínimo, consubstanciada nos princípios intra e extra sistemáticos apresentados, revela-se como alternativa de política criminal inspirada na criminologia crítica. Tem por finalidade a contenção da violência punitiva, propondo, para tanto, uma “ampla e rigorosa política de descriminalização” visando, ao final, “a superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por

---

<sup>99</sup> BARATTA, Alessandro. **Principios del derecho penal minimo. (Para una teoria de los derecho humanos como objeto y limite de la ley penal.** Doctrina Penal, Buenos Aires, n. 40, p. 627 - 647

formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência”<sup>100</sup>.

ZAFFARONI reconhece a importância de medidas como a descriminalização, a “diversion” e o princípio da oportunidade da ação penal como medidas que reduzem a intervenção penal porém pondera que estas medidas serão válidas para reduzirem a violência do sistema penal desde que não constituam “*um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder de outras agências*”<sup>101</sup>.

Para ele, a intervenção penal mínima enquanto tática de redução da intervenção penal só é válida

a medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução – via um modelo de solução diferente de conflitos(reparador, conciliatório) ou para deixá-lo a mercê de instâncias informais<sup>102</sup>.

Isto porque, segundo ele, não se pode aceitar que se suprima a intervenção da agência judicial ou as garantias do direito e do processo penal, de um lado, substituindo-as pela aplicação de um modelo punitivo com a aplicação de uma pena em sentido ôntico, como ocorre com as contravenções, com os menores, com os doentes mentais:

(...) este fenômeno não constitui nem uma intervenção mínima, nem uma descriminalização ou uma renúncia ao sistema penal, mas sim um recurso perverso para aumentar o poder repressivo e configurador do sistema penal<sup>103</sup>.

Alguns reagiram a esta realidade negando a crise, outros retornaram ao retributivismo. Houve ainda quem, reconhecendo a crise, optasse por um caminho relegitimante.

---

<sup>100</sup> BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de ciências penais**. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: ano 6, n.6. p. 56.

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Obra citada, p. 177.

<sup>102</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Obra citada, p. 177.

<sup>103</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Obra citada, p. 177.

Em contrapartida, houve quem não só reconhecesse a crise como postulasse pela abolição do sistema penal, ou por um Direito Penal mínimo.

Neste capítulo a ênfase foi posta numa abordagem teórica do Direito Penal mínimo, que tem em FERRAJOLI, BARATTA e ZAFARONI seus maiores representantes, porque os Juizados Especiais criminais, objeto desta dissertação e que analisaremos no próximo capítulo é considerado tributário deste movimento.

## **CAPÍTULO III**

### **JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95)**

#### **3.1 Antecedentes**

Segundo GRINOVER os fatores que levaram à criação dos Juizados Especiais criminais foram, dentre outros:

a) preocupação dos juristas com um processo penal mais efetivo; b) a constatação de que é uma falácia a idéia de que o Estado podia e deveria perseguir toda e qualquer infração penal; c) a percepção de que as controvérsias penais de pequena monta poderiam ser revolidas de modo consensual ; d) a convicção de que a utilização do procedimento oral, praticado em sua essência, conduziria a uma melhor apreciação das provas , além de desburocratizar e simplificar a justiça; e) a compreensão de que era importante a participação popular na administração da justiça; f) a tendência ao retorno da utilização das vias conciliativas como meio mais eficaz de atingir a pacificação social; g) a preocupação com a vítima<sup>104</sup>.

Para TOURINHO FILHO, a lei dos Juizados Criminais surge como conseqüência da necessidade de agilização da Justiça, emperrada com um elevado volume de processos envolvendo infrações “de pouca monta” e que nenhuma conseqüência geravam pois, ou os acusados, quando condenados, eram beneficiados

---

<sup>104</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT 1996, p. 9 - 10.

com a prescrição, devido a demora no julgamento, ou eram absolvidos, ante a precariedade da prova colhida.

Aponta o autor também, a tendência moderna a um Direito Penal mínimo como uma das influências na criação dos Juizados Especiais, na medida em que este proporciona uma resposta rápida a pequena criminalidade, sem estigmatizar o autor da infração<sup>105</sup>.

BRANDÃO e ABREU vêem na lei 9.099/95 uma resposta à crise vivida pela Dogmática e uma maneira de encontrar alternativas para os denominados delitos de menor potencial ofensivo. Situa-a na corrente minimalista<sup>106</sup>.

LOPES ressalta que

A discussão acerca da conveniência de implantação de um modelo procedimental mais concentrado e célere para a apuração de infrações penais de menor gravidade não é recente entre nós. O código Modelo de Processo Penal para Ibero-América elaborado por incumbência do Instituto Ibero-Americano de direito Processual por diversos juristas latinos americanos, inclusive brasileiros, e apresentado nas XI Jornadas no Rio de Janeiro em 1988, já o fazia ao prever ao lado do procedimento comum, procedimentos especiais, quais sejam: o procedimento abreviado, aquele para delito de ação privada; de menores; para aplicação exclusiva de medida de segurança ou de correção; além de outros casos de revelia, júri, contravenções penais e o Hábeas Corpus<sup>107</sup>.

BATISTA destaca não a demora nas decisões dos processos, mas a inexistência de processos envolvendo os denominados ilícitos de menor gravidade, como um dos fatos que sensibilizou o legislador constitucional a adotar um procedimento mais célere para as infrações de menor lesividade:

Ao problema da demora dos processos se junta outro, talvez ainda mais grave: o da inexistência de processo, o da não instauração de processos nos ilícitos de menor gravidade, como forma de permitir que sejam julgados os crimes mais graves.

<sup>105</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva. 2.000, p. 1.

<sup>106</sup> ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso;. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., 1996, p. 111 - 115.

<sup>107</sup> FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 471.

Só que o conceito de menor gravidade tem evoluído na prática de tal maneira que quase se pode dizer que as portas da Justiça – Polícia, Ministério Público, Judiciário – se fecham hoje, injustamente, para um considerável número de fatos e de processos<sup>108</sup>.

### 3.1.1 Primeiras Experiências

Por iniciativa da Associação dos Magistrados do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS) foi instalado em 23.07.82 na Comarca de Rio Grande, o Conselho de Conciliação e Arbitramento, popularmente conhecido como Juizado de Pequenas causas<sup>109</sup>.

Constituiu-se na primeira experiência brasileira objetivando ampliar o acesso à justiça através de um procedimento de baixo custo, célere e com ênfase na conciliação, embora incidisse apenas nos conflitos de natureza cível.

Posteriormente, a lei 7.244/84 criou oficialmente o Juizado de Pequenas causas cíveis, que veio a ser o embrião da lei 9.099/95.

O constituinte de 1988, sensível à demanda popular por uma justiça mais acessível, menos onerosa, célere e efetiva, (como meio de dar vazão à litigiosidade contida, segundo WATANABE) na esfera cível e a sensação de impunidade que predominava na esfera penal, ante a morosidade dos feitos e o elevado índice de prescrição, determinou, no artigo 98, I, a criação de Juizados Especiais para conciliação, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os precursores da instalação destes Juizados foram os Estados de Mato Grosso do Sul, através da lei 1.071 de 11 de julho de 1990 e da Paraíba, através da lei 5.466/91, os quais definiram, como de menor potencial ofensivo, os crimes dolosos punidos com

---

<sup>108</sup> BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo: a Lei nº 9.099/95 e sua doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 284.

<sup>109</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1.997, p. 18.

reclusão de até um ano, ou detenção de até dois anos; os crimes culposos e as contravenções, conforme artigos 69 e 59, respectivamente.

Constata-se assim que o legislador estadual ampliava o conceito de crime de menor potencial ofensivo, o que não foi aceito pelo legislador federal.

Como os congressistas não haviam fixado ainda o que deveriam ser infrações penais de menor potencial ofensivo o Supremo Tribunal Federal, através do HC 72.930-4 considerou as leis estaduais inconstitucionais, uma vez que apenas lei Federal poderia definir estas infrações.

### **3.2 Elaboração legislativa**

No decorrer dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, os juízes paulistas Marco Antônio Marques da Silva e Pedro Gagliardi elaboraram uma minuta de lei federal disciplinando os Juizados Especiais Criminais e o apresentaram à Associação Paulista de Magistrados.

Esta o remeteu ao Tribunal de Alçada Criminal, tendo seu presidente, Juiz Manoel Veiga Carvalho, após a promulgação da Constituição, formado uma comissão para analisá-lo.

Seus integrantes - os juízes do TACRIM Antônio Carlos Viana dos Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves, a professora Ada Pellegrini Grinover, titular de Processo Penal na Faculdade de Direito da USP e seus colegas de Faculdade, Procuradores da Justiça Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes – após análise e discussão, optaram por apresentar um substitutivo o qual foi entregue ao presidente do Tribunal, com uma exposição de motivos<sup>110</sup>.

Este anteprojeto, segundo a professora Ada Pellegrini, foi discutido em São Paulo, na Seccional da Ordem dos advogados do Brasil, recebendo sugestões dos

---

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 12.

operadores jurídicos e após foi entregue ao Deputado Michel Temer que “*acolhendo de braços abertos a proposta do Grupo paulista, transformou-a no Projeto de Lei 1.408/89, precedido pela mesma Exposição de motivos que o Grupo havia elaborado e mantendo, no projeto, os nomes de seus redatores*”<sup>111</sup>.

Vários outros projetos tramitavam simultaneamente na Câmara dos Deputados tratando dos Juizados Cíveis e Criminais, sendo que o relator de todas estas propostas na Comissão de Constituição e Justiça, deputado Ibrahim Abi-Ackel optou pelo projeto Michel Temer na esfera penal e pelo projeto Nelson Jobim, na esfera cível, unindo-os num substitutivo, sem alterá-los, o qual foi aprovado na Câmara dos Deputados.

Encaminhado ao Senado, teve como relator, na Comissão de Constituição e Justiça, o senador José Paulo Bisol, que, em poucos artigos, elaborou um substitutivo no qual todas as matérias relacionadas aos juizados seriam reguladas pelo legislador estadual.

O Anteprojeto retornou à Câmara e foi distribuído ao deputado Abi-Ackel, que manteve seu substitutivo já aprovado, dando origem assim à lei 9.099/95.

### **3.3 Crimes de Menor Potencial Ofensivo**

O constituinte de 1.988 não definiu o que seriam crimes de menor potencial ofensivo, deixando a tarefa para o legislador ordinário que o fez, timidamente, como observou Marco Antônio Marques da Silva, opinião esta que se compartilha, utilizando-se de dois critérios, um penal, com base na quantidade da pena em abstrato e outro processual, com base no procedimento:

*“Art.61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”..*

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Idem, p.13.

Com isto, conforme SILVA, o legislador deixou de considerar os crimes contra o patrimônio na forma privilegiada, como os previstos no § 2º do artigo 155, o § 1º, do artigo 171, o § 3º do Artigo 180 e os artigos 168, 169 e 170<sup>112</sup>.

BATISTA critica igualmente o critério utilizado pelo legislador infraconstitucional, mas por outra razão, asseverando que o legislador “*com isso não conseguirá atingir pelo menos um dos objetivos a que visa – o de reduzir o volume de serviço das varas criminais – pois, como se afirmou, estes fatos de menor importância raramente chegam à Justiça*”<sup>113</sup>.

Por outro lado, o artigo 61 é obscuro na parte em que excepciona o procedimento especial.

JESUS entende, por exemplo, que a contravenção de jogo de bicho não pode ser processada perante os Juizados:

Entendemos que a ressalva não se refere exclusivamente aos crimes. A contravenção do jogo do bicho, p.ex. que tem rito especial, dadas as suas características e potencial ofensivo relacionado com outras infrações penais, não convém que seja processada e julgada pelo Juízo Especial Criminal. É estranho imaginar-se o Promotor de Justiça fazendo acordo com um “bicheiro”. Além disso, não nos parece que o jogo do bicho seja de “menor potencial ofensivo” dada a sua natureza de infração penal organizada<sup>114</sup>.

Para BITENCOURT, contudo, a previsão de procedimento especial afasta da competência dos Juizados Especiais apenas os crimes. Isto porque embora reconhecendo a obscuridade do texto, que comporta mais de uma interpretação, não se pode negar que as contravenções penais, não apenas as previstas no Decreto-Lei 3.688/41 são da competência dos Juizados Criminais, pois elas “*são por natureza,*

<sup>112</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da Silva. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 105.

<sup>113</sup> BATISTA, Weber Martins, FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: A lei 9.099/95 e sua doutrina mais recente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 291.

<sup>114</sup> JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37.

*infrações de pequeno potencial ofensivo” tanto que na doutrina são definidas como “quase-crimes” ou “crimes-anões”*<sup>115</sup>.

GRINOVER enfatiza, igualmente, que a exceção contida no artigo 61 não abrange as contravenções penais, pois estas, pela própria natureza devem ser sempre consideradas de menor potencial ofensivo<sup>116</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de SILVA: *“Quando o legislador disse “excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” entendemos que essa ressalva está relacionada unicamente com os crimes e não com as contravenções”*<sup>117</sup>.

TOURINHO FILHO mostra a contradição que subsistiria caso fossem excluídas as contravenções penais que possuíssem rito especial:

Nem teria sentido fosse-lhe vedado julgar uma contravenção florestal punida com três meses a um ano ou a contravenção do jogo do bicho, apenada com seis meses a um ano e ao mesmo tempo, reconhecer-lhe competência para julgar a contravenção prevista no artigo 24 da Lei das Contravenções Penais, punida com seis meses a dois anos e as previstas nos artigos 45, 52, 53 e 54 do Decreto – Lei n. 6.259, de 10-2-1944, cujas penas máximas são de quatro anos (para as duas primeiras) e de cinco (para as últimas). Sim porque estas não se sujeitam a procedimento especial<sup>118</sup>.

JESUS relacionou os crimes de abuso de autoridade (Lei 4.898/65); os contra a propriedade industrial (Dec. Lei n. 7.903/45); os de responsabilidade própria de funcionário público (CPP, arts. 514 e s.) como o peculato culposo, o emprego irregular de verbas, a prevaricação, o abandono de funções etc...; os crimes contra a honra,

<sup>115</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 60.

<sup>116</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1997, p. 66.

<sup>117</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. Obra citada, p.103.

<sup>118</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Obra citada, p. 23.

como a difamação e a injúria; tóxicos e crimes de imprensa, como alguns daqueles abrangidos na exceção prevista no artigo 61, por possuírem um rito especial<sup>119</sup>.

Concorda-se, contudo, com GIACOMOLLI, que não vê razão para que estes crimes sejam excluídos do rol de infrações de menor potencial ofensivo pelos simples fato de possuírem um procedimento próprio, pois, como sustenta,

estes não foram instituídos em razão do menor ou maior dano às vítimas ou à sociedade, mas por apresentarem peculiaridades em razão do bem jurídico atingido (honra, funcionários públicos), da forma de persecução (propriedade imaterial, falências) forma de agir (imprensa) etc...<sup>120</sup>.

Não pode passar despercebida a contribuição de Maurício Lopes que, ao relacionar a definição de infração penal de menor potencial ofensivo ao Direito Penal mais do que ao Processo Penal, compara-a aos crimes de bagatela e ao princípio da insignificância.

A polêmica é interessante até porque muitas das condutas incluídas como crimes de menor potencial ofensivo deveriam ter sido descriminalizadas, face o princípio da insignificância.

JESUS não faz distinção, ao contrário de LOPES, entre princípio da insignificância e “crimes de bagatela” ou “delitos de lesão mínima”, embora o resultado seja o mesmo, isto é, o reconhecimento da atipicidade do fato “*nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material)*”<sup>121</sup>.

Para LOPES a incidência do princípio da insignificância leva a atipicidade do fato quando inexistir lesão concreta e relevante para a ordem social, como no caso de um mero eritema que provoca simples rubor à vítima.

---

<sup>119</sup> JESUS, Damásio de. Obra citada, p. 61 - 62.

<sup>120</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei n. 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 32.

<sup>121</sup> JESUS, Damásio de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2.

Não se confunde com o crime de bagatela, que seria um crime de menor importância<sup>122</sup>.

GRINOVER manifesta-se favorável também à descriminalização de muitas infrações “que poderão perfeitamente ser transformadas em ilícitos administrativos” como complemento da criação dos JECs<sup>123</sup>.

Esta postura confirma a observação de DOTTI de que os doutrinadores brasileiros tem sido sensíveis às postulações feitas em Congressos Internacionais, como os de Bellagio, em 1973, que contou com a participação da Associação Internacional de Direito Penal, da Fundação Internacional Penal e Penitenciária, da Sociedade Internacional de Criminologia e da Sociedade Internacional de Defesa Social no sentido de serem promovidas descriminalizações de condutas desviantes com escassa ou nenhuma lesividade<sup>124</sup>.

Ou seja, não é de hoje o movimento favorável a descriminalização de condutas desviantes de pouco ou nenhum poder ofensivo e muitos crimes ou contravenções poderiam ser perfeitamente descriminalizados, ao invés de serem enquadrados como de menor potencial ofensivo, como fez o legislador.

SILVA também demonstra insatisfação com a definição dada pelo legislador infraconstitucional aos delitos de menor potencial ofensivo.

Para ele, o conceito de infração de menor potencial ofensivo não é nem do direito positivo nem da dogmática penal, mas uma questão de política criminal, motivo pelo qual defende a tese de que o legislador poderia ter dado maior abrangência ao conceito, quer incluindo os delitos patrimoniais privilegiados quer estabelecendo o limite máximo em dois anos, tanto de crimes punidos com detenção como de reclusão<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias et al. Obra citada, p. 487 - 492.

<sup>123</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Obra citada, p. 89.

<sup>124</sup> DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 251 - 252.

<sup>125</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. Obra citada, p. 105.

Vê-se pois, que o legislador passou ao largo dos debates envolvendo os princípios da insignificância, crimes de bagatela, intervenção mínima, descriminalização, ao definir crimes de menor potencial ofensivo, ignorando as propostas de descriminalização das contravenções e dos delitos de pequena gravidade objetiva, feitas também por JESUS, inspirado nas conclusões do 9º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento do delinqüente, o sistema criminal e as penas alternativas<sup>126</sup>.

### 3.4 Medidas Despenalizadoras

A lei 9.099/95 apresenta normas de conteúdo penal e processual penal. Embora não tenha tratado de descriminalização, pois as condutas criminalizadas permaneceram como tais, introduziu quatro medidas despenalizadoras que representam, no dizer de Ada Pellegrini Grinover, um “*dos mais avançados programas de despenalização do mundo*”<sup>127</sup>.

São elas: a composição de danos, a transação, a exigência de representação nos crimes de lesão corporal de natureza leve e lesões corporais culposas e a suspensão do processo.

Enquanto a primeira tem natureza civil e penal, as demais possuem natureza processual e penal, uma vez que, como observa PELLEGRINI, produzem efeitos imediatos na fase preliminar (aspecto processual) e se refletem, num segundo momento, na pretensão punitiva estatal<sup>128</sup>.

Importa neste momento esclarecer o significado das expressões “descriminalização” e “despenalização”, para uma melhor compreensão daqueles institutos introduzidos pela lei.

---

<sup>126</sup> JESUS, Damásio E. Lei de. **Juizados especiais criminais anotado**. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 23.

<sup>127</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 16.

<sup>128</sup> Idem, p. 19.

Descriminalizar, para CERVINI, que reconhece não haver acordo sobre o significado dos termos, “*é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas*”<sup>129</sup>.

Segundo ele a descriminalização opera-se de três formas: a) formal, de jure ou em sentido estrito. Isto ocorre quando se deseja

outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério”, ou quando reponde a uma “apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas” ou ainda quando ocorre uma “valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição)<sup>130</sup>.

b) descriminalização substitutiva: ocorre quando as “penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais, punidas com multas de caráter disciplinar”.

Esclarece CERVINI que em ambas as situações, a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas no caso da descriminalização formal, ocorre a eliminação de toda a ilicitude, enquanto que na descriminalização substitutiva, a conduta deixa de ter repercussão na esfera penal, mas a conduta permanece um fato antijurídico e indesejável.

c) descriminalização de fato, que segundo CASTRO seria uma modalidade de despenalização, ocorre quando permanece o ilícito penal mas deixa-se de aplicar a pena<sup>131</sup>.

Para DOTTI, descriminalizar significa:

abandonar a incriminação de certas condutas ou fazer com que uma infração perca o seu caráter criminal. Segundo ele a

<sup>129</sup> CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 72.

<sup>130</sup> Idem, p. 72 - 73.

<sup>131</sup> CERVINI, Raul. Obra citada, p. 73 - 74.

expressão foi utilizada pela primeira vez por Shelton Glueck, em 1.949, que esclarece que o fenômeno não é recente, posto que em 1.736 uma lei inglesa proibia as perseguições em matéria de bruxaria<sup>132</sup>.

Despenalização, segundo CERVI significa o “*ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal*”<sup>133</sup>.

Para DOTTI, despenalizar comporta duas significações:” *a) submissão, por via legislativa, de determinados ilícitos à jurisdição de outros ramos de direito que não o penal b) numa concepção restrita, significa excluir ou reduzir a incidência de penas privativas de liberdade*”<sup>134</sup>.

A maioria dos doutrinadores vê nos institutos introduzidos pela lei 9.099/95 – composição de danos, transação, representação, e suspensão do processo – medidas despenalizadoras.

BRANDÃO e ABREU, contudo, baseando-se em CERVINI sustenta que a natureza das medidas é de descriminalização substitutiva, isso porque, embora persistam os tipos penais sobre os quais incidem a lei, (daí porque tratar-se de descriminalização substitutiva e não formal) não há, no caso da composição de danos e na transação a imposição de penas ou sanções de caráter penal<sup>135</sup>.

### 3.4.1 Composição de Danos

Pode ser proposta em qualquer tipo de crime considerado como de menor potencial ofensivo, pois como esclarece GIACOMOLLI, um dos princípios da lei 9.099/95 é a reparação de danos à vítima<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> DOTTI, René Ariel. Obra citada, p. 251.

<sup>133</sup> CERVINI, Raul. Obra citada, p. 75.

<sup>134</sup> DOTTI, René Ariel. Obra citada p. 266.

<sup>135</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso et al. Obra citada, p. 115.

<sup>136</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997 p. 84.

As conseqüências contudo, da homologação do acordo, previstas no parágrafo único do artigo 74 atingem apenas os crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, sendo causa de extinção da punibilidade.

Nos casos de crime de ação penal pública incondicionada, como sugere LOPES,

pode o Promotor de Justiça formular proposta mais vantajosa ao argüido que compor os danos provocados à vítima substituindo, por exemplo, a proposta de aplicação de pena restritiva de direito por multa ou reduzindo seu prazo, seu valor ou de qualquer modo estabelecendo uma vantagem ao argüido que assim proceder<sup>137</sup>.

Trata-se da mais significativa das medidas despenalizadoras porquanto, vindo a se concretizar, gera a renúncia ao direito de queixa ou representação, nos casos de ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada, constituindo-se assim, em causa extintiva da punibilidade. Está prevista nos artigo 74 da lei 9.099/95. Ao contrário da transação, que, se aceita, torna-se causa impeditiva para recebimento do benefício pelo prazo de 5 anos, a composição de danos, causa extintiva da punibilidade não gera nenhum impedimento, isto é, o autor de um crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação pode se beneficiar indefinidamente do instituto, conquanto que a vítima aceita a proposta por ele oferecida, nem sofre as restrições do parágrafo 2º do artigo 76, que atingem à transação.

Para JESUS, a composição de danos constitui-se em forma de despenalização, porquanto conduz à extinção da punibilidade, conforme o artigo 74, parágrafo único<sup>138</sup>.

Contudo, pode-se reconhecer na composição de danos, quando homologada em crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, não uma medida despenalizadora, como pretendem muitos mas uma medida de descriminalização substitutiva, como entende BRANDÃO, com base em CERVINI<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> LOPES, Antônio Maurício Ribeiro. Obra citada, p. 585 - 586.

<sup>138</sup> JESUS, Damásio E.de. Obra citada, p. 70.

<sup>139</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso et al. Obra citada, p. 115.

Pela simples razão de que neste caso não se pode falar em imposição de qualquer medida, seja penal ou extra judicial. O que houve foi uma conciliação, uma composição, um acordo entre o autor do fato e a vítima, acordo este que produz uma consequência benéfica para o autor do fato, não só livrando-o de um processo ou de uma transação, caso em que receberia uma sanção, com um dos impedimentos previstos no § 2º do artigo 76.

### 3.4.2 Transação

Trata-se indiscutivelmente, da mais polêmica das medidas introduzidas pela nova lei.

Com relação à sua natureza, trata-se, segundo JESUS, de uma forma de despenalização em que há a imposição de uma pena, mesmo que atenuada quanto à qualidade ou quantidade<sup>140</sup>.

O autor vislumbra vantagens e desvantagens no instituto. Entre as primeiras, relaciona:

a) resposta penal imediata; b) evita um processo moroso, c) desvencilha rapidamente o delinqüente das malhas do processo, 4) reduz o custo do delito. Entre as segundas: ausência de exercício dos princípios da verdade real, do contraditório, do recurso, da ampla defesa, do estado de inocência; coação psicológica do autuado e desigualdade entre as partes<sup>141</sup>.

Para GRINOVER a pena imposta pelo juiz, através de sentença homologatória, em decorrência do acordo entre o ministério Público e o autor, tem natureza de sanção penal<sup>142</sup>.

A aceitação da proposta de transação e a submissão à sanção não implica no reconhecimento da culpa nem gera responsabilidade civil, este porque expressamente

---

<sup>140</sup> JESUS, Damásio de. Obra citada, p. 76.

<sup>141</sup> Idem, p. 77.

<sup>142</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini at al. Obra citada, p. 134.

previsto no § 6º do artigo 76 e aquela porque, segundo a autora a) é aplicada antes do oferecimento da denúncia, b) não gera reincidência e c) não constará de registros criminais nem de certidão de antecedentes<sup>143</sup>.

BITENCOURT observa que “*a transação penal vem sendo apontada como uma das mais importantes formas de despenalizar na atualidade, sem descriminalizar*”. Isto porque, segundo o autor, ela procura reparar os danos sofridos pela vítima, é mais econômica, desafoga o Poder Judiciário e evita os males da prisão<sup>144</sup>.

Para BITENCOURT, na transação “*o autor do fato sofre a imposição de uma sanção penal. No momento em que o autor do fato aceita a aplicação imediata de pena alternativa, está assumindo a culpa, o que é natural em razão do princípio nulla poena sine culpa*”<sup>145</sup>.

GOMES também vê na transação uma medida despenalizadora<sup>146</sup>.

Para MIRABETE, na transação há imposição de pena, embora o nome do autor do fato não possa ser lançado no rol dos culpados, pois “*a sentença homologatória não é condenatória própria*”<sup>147</sup>.

REALE apresenta-se como um crítico ferrenho do instituto da transação. Para ele, a transação é manifestamente inconstitucional por ferir o devido processo legal.

Repele a argumentação dos que defendem a constitucionalidade do instituto alegando que ele está previsto na constituição.

Indaga então:

---

<sup>143</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Obra citada. p. 132.

<sup>144</sup> BITENCOURT, César. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997, p. 102.

<sup>145</sup> BITENCOURT. Obra citada, p. 103.

<sup>146</sup> GOMES, Luiz Flavio, PABLOS de MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95**.

<sup>147</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas 1997, p. 93.

Será que a Constituição consagra os direitos individuais com intocáveis, cláusulas pétreas, imodificáveis sequer por emenda constitucional, e ao mesmo tempo, por prever a transação a ser regulada em lei, autoriza esta lei a revogar direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal?<sup>148</sup>.

Constata-se assim que a polêmica em torno da constitucionalidade ou não do instituto da transação deverá perdurar ainda por muito tempo.

### 3.4.3 Representação

Anota BATISTA que a tendência de transformar em ação pública condicionada a representação as infrações de pouca monta não é nova entre nós. Exemplifica com o Projeto Galdino Siqueira, de 1.913, que incluía entre estes “*as ofensas físicas leves, que não produzissem enfermidade ou incapacidade de atender às ocupações ordinárias*”<sup>149</sup>.

Trata-se de uma regra que se aplica tanto aos crimes de menor potencial ofensivo quanto aos delitos comuns, pois independe da quantidade de pena imposta.

Há contradições, como observa JESUS, pois enquanto a contravenção de vias de fato, (agressão física sem ferimentos) é considerada de ação penal pública incondicionada, o crime de lesão corporal leve, dolosa, de maior gravidade, passa a ser de ação penal pública condicionada a representação<sup>150</sup>.

GIACOMOLLI observa que a exigência de representação determinada pelo artigo 88 para deflagração da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas tem sido acolhida pela doutrina como medida despenalizadora<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> JUNIOR, Miguel Reale. **Pena sem processo**. São Paulo. Malheiros Editores. 1997, p. 26 - 31.

<sup>149</sup> WEBER, Martins Batista, FUX, Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 412.

<sup>150</sup> JESUS, Damásio de. Obra citada, p. 105.

<sup>151</sup> GIACOMMELLI, Nereu José. Obra citada, p. 136.

O autor pondera que a medida poderá acobertar as agressões domésticas bem como dificultar o combate à criminalidade do trânsito, com o que se concorda, uma vez que, conforme analisado por ocasião da composição de danos, nos delitos de trânsitos, homologado o acordo, o autor do fato não fica impedido de promover novos acordos, com extinção da punibilidade.

No mesmo sentido pondera MIRABETE:

Críticas são feitas quanto a esse instituto de “despenalização” em que se tem ressaltado a necessidade de medidas para coibir a violência doméstica, traduzida na melhor das hipóteses em lesão corporal dolosa e aos crimes de trânsito, em que certamente há a maior incidência de lesões corporais culposas<sup>152</sup>.

Para GRINOVER, trata-se também de uma medida despenalizadora, uma vez que permanece o caráter ilícito do fato, ou seja, não há descriminalização mas impõe-se um obstáculo à pena de prisão e isso é possível através de duas formas: “a) transformando-se a ação pública incondicionada em ação privada; b) ou transformando a ação pública incondicionada em ação condicionada”<sup>153</sup>.

Na verdade, essa medida despenalizadora beneficia apenas os autores do fato, com condições de suportar o pagamento de dano às vítimas.

Os autores do fato, com poucos recursos, não terão condições de pagarem os prejuízos causados e serão automaticamente submetidos à transação ou ao processo.

A exigência de representação para esses crimes confirma o critério de seletividade, na medida em que as vítimas tendem a representar apenas quando o autor do fato não possui condições para ressarcir o dano provocado.

---

<sup>152</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais criminais**. São Paulo: Atlas. 1997.

<sup>153</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT 1995, p. 179.

### 3.4.4 Suspensão do Processo

Outro instituto despenalizador introduzido pelo constituinte de 1.988, é a suspensão condicional do processo, que teve em BATISTA o grande defensor no Brasil, tendo sido ele, inclusive quem idealizou o primeiro projeto neste sentido e o apresentou em 1981 em encontro promovido pela Escola da Magistratura Nacional no Rio de Janeiro.

Denominado de “sursis antecipado” por BATISTA ou “sursis processual”, por JESUS, de início encontrou alguma resistência, inclusive por parte da professora GRINOVER que mais tarde acabou por aderir a ele, ante as vantagens que proporcionava<sup>154</sup>.

Observa GRINOVER que o legislador foi muito “lacônico” ao tratar do instituto, um dos mais revolucionários do mundo atual, pois o fez em apenas um artigo, o 89<sup>155</sup>.

Para a autora, o instituto da suspensão condicional do processo representa uma via despenalizadora “indireta ou processual”, pois o *ius puniendi* não é atingido diretamente, mas sim só após o cumprimento de algumas condições<sup>156</sup>.

Na verdade o instituto equivale a uma “transação” para os crimes de média criminalidade, ou seja, segundo GOMES, os crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. (art.89).

Ao contrário do que ocorre com a transação, (art.76) que implica na imposição de uma pena, que pode ser aceita ou não pelo autor do fato, na suspensão do processo são impostas apenas condições, pois o que ocorre neste caso é a suspensão, e a consequência mais benéfica – a extinção da punibilidade, só ocorrerá ao término do prazo se cumpridas as condições.

---

<sup>154</sup> BATISTA, Weber Martins, FUX Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>155</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Obra citada, p. 190.

<sup>156</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Idem, p. 190.

MARTINS aponta apenas uma única desvantagem no instituto ou seja, se o beneficiado deixar de cumprir uma das condições durante o período de prova, a suspensão é revogada e o processo reiniciado, podendo ele ser condenado ou absolvido<sup>157</sup>.

### 3.4.5 A Lei dos Juizados Criminais e a Doutrina

De um modo geral a doutrina brasileira aplaudiu a criação dos Juizados Especiais Criminais, saudando-a como a grande revolução no sistema penal brasileiro dos últimos tempos, inserindo-a no contexto dos movimentos minimalistas.

Além do destaque dado à rapidez nas decisões, como consequência da adoção do procedimento oral, foi enfatizada a preocupação com a solução não do conflito jurídico mas da lide social que nele se projeta, daí a opção pela justiça consensual e despenalizadora.

A preocupação com a vítima revela-se através da composição de danos como forma extintiva de punibilidade.

E todas estas vantagens, destacam os doutrinadores, em sua maioria, foram obtidas sem a perda de garantias fundamentais do processo.

Assim LOPES, pondera que *“a criação e funcionamento dos Juizados Especiais se constitui na mais importante (se não a única com resultado efetivo) inovação significativa introduzida nas últimas décadas no aparato judicial brasileiro”*<sup>158</sup>.

O autor contesta os que reclamam da violação de alguns princípios constitucionais pela lei 9.099/95, aduzindo que

---

<sup>157</sup> BATISTA, Weber Martins. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal - A lei 9.0995 e sua doutrina mais recente.** São Paulo: Forense, 1997. p. 356.

<sup>158</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 453.

As reclamações acerca da lesão ‘a legalidade (material e processual) devem ser objetadas com argumentos como os trazidos por Ada Pellegrini Grinover ao expor que “justiça, irrepreensibilidade, *due process of law* (e princípio da legalidade, acrescento) são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da Consciência jurídica e política de um país (...) Na lição clássica de Pound, o *due process of law* não é um conceito abstrato do qual derivam conclusões absolutas, aplicáveis a qualquer tempo em todo lugar, mas é um standard que há de aplicar-se com vistas a circunstâncias especiais de tempo, de lugar e de opinião pública (...) A indeterminação da cláusula, hoje transformada em fundamental *principle of justice* provém de sua identificação com os princípios de igualdade e justiça enraizados na consciência nacional mas sujeitos a interpretações pessoais e variáveis. Por não representar a projeção de um processo eternamente ideal, a cláusula é uma proposição que oferece elementos em branco cuja determinação muda com o variar das condições histórico-políticas e econômico-sociais do momento. Somente em uma perspectiva histórica é possível individualizar o fundamento objetivo da cláusula”<sup>159</sup>.

BRANDÃO concorda que “*a denominada Lei dos Juizados Especiais Criminais reforça a idéia da punição como forma de controle social, já que admite, ainda, a condenação à pena privativa de liberdade, após o procedimento sumário que pode levar a uma sentença condenatória*”<sup>160</sup>.

Mas ressalva que é na fase extraprocessual que a lei representou algo de novo e pode servir como instrumento de transformação, sobretudo através dos institutos da transação e da composição de danos.

Para BASTISTA “*a lei 9.099/95 ao limitar a competência dos juizados às contravenções penais e aos crimes punidos com pena máxima não superior a um ano acabou por frustrar um dos objetivos da lei, que era o de reduzir o volume de processos nas varas criminais*”<sup>161</sup>.

Entendimento contrário é manifestado por CEZAR BITENCOURT, segundo o qual “*A lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Criminais, realiza uma*

<sup>159</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias et al. Obra citada, p. 468.

<sup>160</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Obra citada, p. 130.

<sup>161</sup> BATISTA, Weber Martins, FUX Luiz. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

*verdadeira revolução no Poder Judiciário Nacional, atingindo, no global, mais de setenta por cento (70%) do movimento forense criminal”*<sup>162</sup>.

SHECAIRA analisa a influência da teoria do etiquetamento na modificação da legislação penal, sobretudo na criação dos Juizados Especiais Criminais, porém sustenta que o crescimento do número de presos no Brasil não reflete o aumento da criminalidade mas sim o resultado de políticas criminais mais rigorosas, acolhidas sobretudo pela magistratura sob pressão do Movimento da Lei e da Ordem<sup>163</sup>.

E faz um alerta, ante a constatação de que a simples ameaça do processo acaba por convencer a pessoa sob suspeita da prática de um crime de menor potencial ofensivo a efetuar uma transação, aceitando a imposição de uma pena, ainda que não institucional, sem que seja observado o devido processo legal, constitucionalmente garantido.

Eliminar do ordenamento constitucional e infraconstitucional os marcos do modelo garantidor da responsabilidade penal de um direito penal democrático é correr um risco de se dar um passo adiante sem que tenham sido incorporados os direitos humanos fundamentais aos valores praticados pelos operadores jurídicos, particularmente os juízes<sup>164</sup>.

Críticas também são formuladas por REALE JÚNIOR, sobretudo em relação à transação. Segundo ele,

O respeito a estes princípios informadores do processo penal democrático (que o autor relaciona como o direito de defesa e o devido processo legal), do processo justo, foram absolutamente desatendidos na Lei n. 9.099/95 no que tange à disciplina adotada em relação à transação. Esta lei tão proclamada, tão festejada, é, a meu juízo, manifestamente inconstitucional, nesta parte<sup>165</sup>.

<sup>162</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. Obra citada, p. 15.

<sup>163</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Controle social punitivo e a experiência brasileira. Uma visão crítica da Lei 9.099/95, sob a perspectiva criminológica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 29, p. 410

<sup>164</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Obra citada, p. 410.

<sup>165</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: **Juizados Especiais Criminais, Interpretação e crítica**. Org. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 26.

E é inconstitucional porque, segundo o autor, “*Infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábua rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio nulla poena sine iudicio, informador do processo penal*”<sup>166</sup>.

René Ariel Dotti que, como ele mesmo diz, saudou a lei 9.099/95 como uma revolução copérnica nos usos e costumes forenses<sup>167</sup>, relaciona três situações que estão produzindo em muitos Juizados situações de anomia:

a) o entendimento equivocado de que a LJEC tem finalidade exclusiva de “limpar a mesa”, com o simplismo e não a simplificação de atos e formas processuais; b) a interpretação ligeira e assistemática de muitos dispositivos, em prejuízo da segurança jurídica e c) a desconsideração do direito penal e do direito processual penal como instrumentos de controle da criminalidade<sup>168</sup>.

Embora não integrasse a comissão que elaborou o anteprojeto da lei dos Juizados Especiais Criminais, Luiz Flávio Gomes é um dos autores de uma das mais celebradas obras sobre o tema, juntamente com três membros daquela comissão: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, intitulada Juizados Especiais criminais, comentários à lei 9.099/95.

Por esta razão era ele um dos mais ardorosos defensores da nova sistemática, a ponto de afirmar, rebatendo aqueles que alegavam uma eventual inconstitucionalidade da nova lei que ela havia criado um “novo devido processo legal”, também “*cercado de garantias, mesmo porque nenhuma medida despenalizadora pode ser aplicada sem o consenso do autor do fato*”<sup>169</sup>.

Os Juizados Especiais foram implementados e as dificuldades começaram a surgir.

<sup>166</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Obra citada, p. 27.

<sup>167</sup> DOTTI, René Ariel. Conceitos e Distorções da lei 9.099/95-Temas de Direito e Processo Penal. In: **Juizados Especiais Criminais, Interpretação e crítica**. Org. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 34.

<sup>168</sup> DOTTI, René Ariel. Obra citada, p. 35 - 36.

<sup>169</sup> GOMES, Luiz Flávio, PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia: **Criminologia, Introdução a seus fundamentos teóricos e Introdução às bases criminológica da lei 9.099/95-Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo.Revista dos Tribunais. 1997, p. 443.

Ao analisar a nova lei dos Juizados Criminais Federais e seus reflexos nos juizados especiais estaduais, pondera que o futuro dos juizados passa por “*inadiáveis ajustes e correções tendentes a assegurar sua legitimação garantista*”. E declara que “*é preciso fazer um sério balanço crítico do sistema consensual e eliminar do seu seio algumas anomalias e imperfeições*”<sup>170</sup>.

E relaciona quais as anomalias e imperfeições que comprometem o sistema:

a) aplicação contra legem da pena privativa de liberdade, b) a inexistência de uma solução racional quando acontece esse fenômeno c) a inobservância de critérios interpretativos da insignificância e adequação social; d) a realização de transação penal em relação a fatos concretos penalmente atípicos; e) a desconsideração de garantias inerentes a imputação objetiva e subjetiva; f) o absurdo de formular a proposta de transação penal sem a mínima descrição do fato típico cometido g) a não participação do juiz na condução da transação penal h) a desconsideração do princípio da ofensividade etc..<sup>171</sup>.

Observa ainda Luiz Flávio Gomes que em teoria a lei 9.099/95 foi criada para restringir os efeitos maléficos da intervenção penal, mas na prática o que ocorre muitas vezes é que está havendo uma indevida aplicação de sanções alternativas, porque “*as garantias mínimas penais e processuais não estão sendo observadas*”<sup>172</sup>.

### 3.5 – A Lei 10.259/2001 – Juizados Criminais Federais

No decorrer do presente trabalho foi sancionada a lei 10.259/95, a qual entrou em vigor em 13.01.2002 ampliando o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo ao dispor no parágrafo único do artigo 2º:

“Consideram-se as infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa”.

<sup>170</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos no juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2002, p. 85.

<sup>171</sup> GOMES, Luiz Flávio. Obra citada, p. 86.

<sup>172</sup> GOMES, Luiz Flávio. Obra citada, p. 86.

A controvérsia que inicialmente se instalou, face o entendimento de que o novo conceito de crime de menor potencial ofensivo atingia apenas os crimes de competência da Justiça Federal, admitindo assim um sistema bipartido, não prosperou, ante a posição majoritária que a estendia aos crimes de competência da justiça comum.

É o que Luiz Flávio Gomes enfatiza

...a posição amplamente majoritária(Silva Franco, Bitencourt, Damásio, Tourinho Filho, Capes, Suannes, etc..)não concorda com a bipartição do conceito e vem entendendo que o novo conceito da Lei 10.259/01 se estende ao juizados estaduais. Cuida-se de conceito e (sistema) único<sup>173</sup>.

Como fundamentos desta posição o autor relaciona vários argumentos, dentre os quais a) a fonte normativa dos juizados é a mesma e se o legislador pretendesse criar juizados especiais distintos, um federal e outro estadual, não teria aplicado praticamente todos os dispositivos da lei 9.099/95 à lei 10.259/01 e sim criado um sistema novo; b) o legislador não contemplou no conceito de crimes de menor potencial ofensivo apenas os de competência exclusiva da justiça federal, porque se assim tivesse procedido, não se aplicaria o novo conceito à justiça comum;c) ao contrário, envolveu todos os crimes de competência da justiça federal, sendo que a grande parte dele é julgada também pelas justiças estaduais, de modo que não se pode admitir que um mesmo crime, por apresentar vítimas diferentes, tenha tratamento diferenciado, ou seja, se a vítima é funcionário público federal, o crime de desobediência é considerado de menor potencial ofensivo, se estadual, não?

Não se pode negar que a ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo trouxe inegáveis benefícios, sobretudo para determinadas condutas como o porte ilegal de substância entorpecente para consumo próprio, até então considerada crime de médio potencial ofensivo, ampliando assim a área de consenso.

Contudo, a nova lei não representa uma ruptura, mas uma complementação da lei 9.099/95, inspirada também na ideologia da defesa social.

---

<sup>173</sup> GOMES, Luiz Flávio. Obra citada, p. 19.

### 3.6 Funções Declaradas

A função declarada do Direito Penal é a de proteção de bens jurídicos e a da pena a de “funções socialmente úteis”, manifestadas através das teorias “relativas” ou utilitárias, segundo as quais a pena teria funções de prevenção geral e especial<sup>174</sup>.

Este foi o ideário acolhido pelo legislador infraconstitucional como se depreende da leitura da lei 9.099/95, que não inova, ou inova pouco, na parte penal, tributária que é da ideologia da defesa social, na medida em que preserva a idéia de que “os interesses que o Direito Penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos” e que a função da pena é, além de retributiva, intimidatória e ressocializadora (prevenção geral negativa e prevenção especial positiva).

A preocupação da lei é com a efetividade da norma penal, sobretudo a relacionada com a denominada infração de menor potencial ofensivo, razão da antecipação de uma sanção penal consentida, nos crimes de ação penal pública incondicionada através da transação penal, ou da composição de danos, nas ações públicas condicionada à representação ou ações penais privadas.

Há, é verdade, o reconhecimento do caráter seletivo do direito penal mas não nos moldes da teoria da reação social, pois o que buscou o legislador, conforme a exposição de motivos, foi a introdução de critérios “*que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas*”<sup>175</sup>.

Chega-se a esta conclusão com a leitura da exposição de motivos subscrita pelo Deputado Michel Temer, relator do projeto lei 1.4890-A, de 1.989, que deu origem a lei 9.099/95.

Releva notar que o relator manteve, a mesma exposição de motivos elaborada pelo grupo constituído pelo presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo,

---

<sup>174</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 179.

<sup>175</sup> TEMER, Michel. **Exposição de motivos da lei 9.099/95, de 26.09.1995**. In: FIGUEIRA JUNIOR, Joel dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo. 2000, p. 445

Juiz Manoel Veiga de Carvalho, e composto por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Antônio Carlos Viana Santos, Manoel Carlos Vieira de Moraes, Paulo Costa Manso, Ricardo Antunes Andreucci e Rubens Gonçalves.

Destaca, inicialmente, que a elaboração de lei federal para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo obedeceu ao comando constitucional previsto no artigo 98, *caput* e inciso I, da Carta de 1.988:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão Juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução (...) infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

E justifica a necessidade de lei federal disciplinando o texto constitucional porquanto somente a União pode legislar em matéria penal, face os exatos termos do artigo 22, inciso I, da CF, sendo de natureza material as regras que disciplinarão a transação.

A primeira função dos juizados especiais tem por escopo proporcionar efetividade à normal penal:

A norma constitucional que determina a criação de Juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal<sup>176</sup>.

Como segunda função, aponta a exposição de motivos à abertura à denominada discricionariedade regulada, ou seja, um abrandamento nos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

Uma terceira função parte do reconhecimento da incapacidade do Estado de perseguir e punir toda e qualquer infração e da constatação de que na prática opera-se

---

<sup>176</sup> TEMER, Michel. Obra citada, p. 444

um critério de seleção dos indivíduos que serão processados e condenados, daí porque a lei deve fixar critérios para esta seleção, de modo racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas:

Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos de persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima percentagem de certos crimes de ação penal, a polícia não instaura o inquérito e o Ministério Público e o Juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima – com que o Estado até agora ouço se preocupou – está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. e por esta razão que atuam os mecanismos informais na sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas<sup>177</sup>.

O artigo 1º da lei estabelece sua finalidade, qual seja, a conciliação, o processo, o julgamento e a execução nas causas de sua competência, que, no caso da jurisdição penal, é fixada no artigo 61, sendo que a função precípua vem determinada no artigo 62, qual seja, a reparação do dano sofrido pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

### **3.6.1 Das Funções Instrumentais às Funções Simbólicas**

Os Juizados Especiais Criminais foram criados para, adotado o procedimento oral em sua plenitude, dar vazão às demandas penais envolvendo infrações de menor potencial ofensivo com efetividade, preferencialmente possibilitando o ressarcimento imediato à vítima pelos danos sofridos, quando cabível, e substituindo sempre a pena de prisão por medidas alternativas, além de reduzir a clientela carcerária e desafogar as Varas Criminais permitindo que os juizes pudessem se dedicar à análise e julgamento das infrações de médio e grave potencial ofensivo.

---

<sup>177</sup> TEMER, Michel. Obra citada, p. 444.

Na prática, contudo, esta função instrumental dos Juizados Especiais não se cumpre. O artigo 61 da lei 9.99/95 ao considerar como infrações de menor potencial ofensivo apenas às contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, faz com que a grande clientela dos Juizados Especiais Criminais seja constituída por pessoas que praticaram pequenos delitos decorrentes de desentendimento entre vizinhos ou violência doméstica, infrações estas que na maioria das vezes não davam origem a instauração de inquérito, pois o conflito era resolvido na própria delegacia de polícia, pela mediação ou intimidação.

Em pesquisa realizada em Porto Alegre, AZEVEDO concluiu que os Juizados Criminais ao invés de assumirem *“uma parcela dos processos criminais das varas comuns (...) passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as varas judiciais sendo resolvidos através de processos informais de “mediação” ou “intimidação” nas delegacias de polícia”*<sup>178</sup>.

Com isto, não se verificou a redução da clientela carcerária, que continua aumentando, com os estabelecimentos penais abrigando-as em condições precárias, dando margem a constantes rebeliões, nem a diminuição dos processos nas varas criminais.

Também a ênfase posta na solução do conflito e não apenas a decisão formalista sobre o caso, que o discurso oficial proclama<sup>179</sup> na prática não tem se revelado.

Pesquisa realizada por HERMANN em relação à violência doméstica, na Comarca de Mafra, revelou que

O Poder Judiciário (...) ao receber o caso encartado num Termo Circunstanciado, confirma a tendência, revelada na lei, de desconsiderar o conflito de origem e dispensar ao episódio de violência doméstica o mesmo tratamento que dispensaria a qualquer outro, ocupando-se prioritariamente em dar andamento ao processo e destino ao procedimento, sem um

---

<sup>178</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização da justiça e controle social: estudo sociológico da implantação dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCRIM 2.000, p. 136.

<sup>179</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et all. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo. RT 1996, p.18.

compromisso efetivo com o desiderato da pacificação, que deveria, em tese, nortear a atividade jurisdicional<sup>180</sup>.

AZEVEDO realizou pesquisa na Comarca de Chapecó e concluiu que, ao contrário do que proclama o discurso oficial, a implantação dos Juizados Especiais Criminais não reduziu o movimento nas varas criminais:

...em que pese o discurso declaradamente informalizador da justiça, paradoxalmente, sua prática também se constitui numa espécie de formalização(ou também criminalização) à medida em que, longe de solucionar problemas, o sistema incrementou o processo de seletividade e etiquetamento, agora com duas categorias distintas: os velhos criminosos e os novos<sup>181</sup>.

Se os juizados não exercem as funções instrumentais declaradas, que funções então ele exerce?

Na verdade ele exerce uma função simbólica, como o próprio Direito Penal.

Simbólico, no sentido crítico, é por conseguinte “*um Direito Penal em que as funções latentes predominam sobre as manifestas: da qual pode esperar-se que realize através da norma e sua aplicação outros objetivos que os descrito na norma*”<sup>182</sup>.

Assinala BARATTA:

a relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal tornou-se, (...) um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais. Esta relação torna-se cada vez mais problemática e contraditória. As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação junto ao público de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada. De fato, as normas continuam sendo violadas e a cifra obscura das infrações permanece altíssima, enquanto

<sup>180</sup> HERMANN, Leda. **A dor que a lei esqueceu**. CEL-Lex Editora e Distribuidora. Campinas: São Paulo, 2000,p.218

<sup>181</sup> AZEVEDO, Eduardo Pianalto de. **Juizado Especial Criminal: As promessas de Construção e a realidade construída na Comarca de Chapecó**. 1.996 - 2000, p. 62.

<sup>182</sup> HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simólico y proteccion de bienes jurídicos**.

as agências de controle penal continuam a medir-se com tarefas instrumentais de realização impossível<sup>183</sup>.

Em linha de conclusão, é isto o que acontece com os Juizados Especiais criminais, pois o modelo não só não está apto a instrumentalizá-las (pelas razões apresentadas por BARATTA, ao comentar o princípio da implementaridade administrativa, visto no capítulo II) como cumpre funções diferentes das declaradas, (na medida em que amplia a ação de controle social, trazendo para o sistema conflitos que encontravam-se fora de seu alcance) ou seja, a reprodução do funcionamento seletivo do sistema penal.

---

<sup>183</sup> BARATTA, Alexandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, p. 22.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O labelling approach ou paradigma da reação social mostrou a falsidade da ideologia que alimenta o discurso jurídico-penal oficial, segundo o qual a função do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade – e ele deveria fazê-lo reprimindo e controlando a criminalidade – revelando assim a crise de legitimidade do sistema penal.

Ao contrário do propalado, não é uma minoria que delinque, mas a regra é que predominam as condutas que configuram infrações penais, como prova a chamada “cifra negra” da criminalidade.

Contudo, o sistema seleciona condutas e pessoas, preferencialmente oriundas das camadas mais pobres da população, para punir, pela simples razão de que o Direito Penal privilegia os interesses das classes dominantes.

E isto é compreensível porque o sistema penal não está aparelhado para perseguir e punir toda conduta prevista na legislação penal como crime: não haveria Delegados de Polícia, Promotores de Justiça, Juízes de Direito nem estabelecimentos penais suficientes.

Constatou-se assim que o sistema penal não cumpre suas funções instrumentais.

Nele predominam as funções simbólicas, pois conforme **BARATTA**, “*o déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada*”<sup>184</sup>.

A crise , pois, é um fato.

As alternativas à crise buscam ou a abolição do sistema, preconizando alternativas não penais para a solução dos conflitos, ou sua reforma, reduzindo a aplicação da pena de prisão, e promovendo sua substituição por penas ou medidas alternativas.

É o caso do minimalismo penal, na vertente do garantismo de FERRAJOLI, que mesmo admitindo a ilegitimidade do sistema, entende ser impossível uma sociedade sem um mínimo de tutela penal.

Medidas descriminalizadoras ou despenalizadoras fazem parte destas reformas e é no quadro delas que se inseriu a análise dos Juizados Especiais Criminais.

Do ponto de vista da teoria da reação social, sobretudo da vertente do etiquetamento ou rotulação, a lei 9.099/95 apresenta potenciais transformadores na fase pré-processual, como a possibilidade de composição de danos nos crimes de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada, a qual, se exitosa, implicará na renúncia do direito de queixa ou representação e, conseqüentemente, na extinção da punibilidade.

Mas não houve medidas descriminalizadoras, eis que foram mantidos os mesmos tipos penais. A criminalização primária permaneceu a mesma.

Poder-se-ia destacar a transformação do crime de lesões corporais leves em ação penal pública condicionada, o mesmo ocorrendo com os crimes de lesões corporais culposas.

---

<sup>184</sup> BARATTA, Alessandro. Obra citada, p. 22.

Esta última reforçando a idéia de seletividade, tão cara aos teóricos do labelling approach, na medida em que os delitos culposos mais significativos são os praticados no trânsito, delitos de classe média por excelência, ou mais recentemente, por profissionais liberais, como no caso dos erros médicos.

A composição de dano e a transação penal, aplicadas aos crimes de menor potencial ofensivo são, efetivamente, medidas despenalizadoras, e, portanto, inovadoras, ou como observa Paulo de Tarso Brandão, com base em Cervini, são medidas descriminalizadoras substitutivas<sup>185</sup>.

Contudo ao limitar o conceito de infrações de menor potencial ofensivo às contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não fossem superior a um ano, o legislador foi muito tímido, restringindo significativamente o alcance das medidas, de modo que muitas das infrações atingidas pelos juizados deveriam, na verdade, ser descriminalizadas.

Daí porque, na prática, pouca repercussão teve a lei em relação aos encarcerados.

Mesmo a ampliação do conceito de crime de menor potencial ofensivo proporcionada pela lei 10.259/2001, não alterou este quadro.

O que se constata é que a lei desempenha, primordialmente, uma função simbólica na medida em que procura transmitir a sensação de eficácia do sistema, quando na verdade ampliou o controle social, integrando nele condutas que antes não eram objetos de instauração de Inquérito Policial ou denúncia, como a maioria dos pequenos conflitos envolvendo direito de vizinhança ou violência doméstica.

Apesar disso, não se pode negar que a lei 9.009/95 representa um avanço, um contraponto ao movimento da Lei e da Ordem que tem exercido grande influência no legislador brasileiro, em razão das demandas populares, influenciadas pela mídia, que clamam por mais segurança.

---

<sup>185</sup> ABREU, Pedro Manoel, et al. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda.p.115 .

Inovou na linguagem, e no procedimento, na medida em que substituiu o Inquérito Policial por um Termo Circunstanciado, o acusado por autor do fato, a vítima, por ofendido, inovações estas que parecem inspiradas em Hulsman mas nada tem a ver com sua proposta de abolição acadêmica.

Inovou ao propor um modelo de justiça penal consensual, ao adotar o princípio da discricionariedade regrada e as quatro medidas despenalizadoras, mas manteve-se tributária da ideologia da defesa social, ideologia esta que impregna a maioria dos operadores jurídicos, dificultando com isto o aproveitamento dos potenciais transformadores que a lei apresenta, sobretudo na fase pré-processual.

Mas passada a fase de euforia, o que se constata é que, como alerta Luiz Flávio Gomes, o futuro dos Juizados depende de “inadiáveis ajustes e correções tendentes a assegurar sua legitimação garantista<sup>186</sup>”.

De um lado, como já vinha sendo preconizado, a criação dos Juizados Criminais não impede que se opere um programa de descriminalização, devendo neste sentido serem reavaliadas as condutas conceituadas como de menor potencial ofensivo, muitas das quais poderiam ser perfeitamente descriminalizadas.

Por outro lado, impõe-se a instalação dos Juizados Especiais Criminais nos Estados, providência esta que ainda não foi adotada na maioria deles, inclusive em Santa Catarina, onde não foi aprovada ainda a lei estadual, evitando-se com isto que ele se transforme apenas em mais um dos muitos procedimentos que a lei processual penal prevê.

E por fim, é necessário que sejam observadas as garantias penais e processuais mínimas, inclusive a descrição dos fatos no termo circunstanciado, para evitar a elaboração de um termo com base em conduta penalmente atípica; a participação do Juiz na transação penal, para evitar a imposição de sanção à condutas atípicas, quer

---

<sup>186</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.

porque não previstas no ordenamento jurídico penal, quer pela ínfima lesividade que ostentam.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda, 1996.

ABREU, Pedro Manoel. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Florianópolis. Obra Jurídica, 1996.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Juizado especial criminal: avanços e retrocessos. Transação Penal, responsável civil, recursos e ações Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: **Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado**. Org. Rogério Dultra dos Santos. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Sequência. Florianópolis: UFSC, n.30, p. 24-36, Jun.1995.

\_\_\_\_\_. Dogmática e controle penal: em busca da “segurança jurídica a “prometida”. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **Dos discursos enunciados aos discursos silenciados: recuperando a dignidade da política criminal pelo e para o homem. Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

AZEVEDO, Jackson C. de Azevedo. **Reforma e “contra” reforma penal no Brasil. Uma ilusão que sobrevive**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **A informalização da justiça penal e a Lei 9.099/95 – Entre a rotinização do controle social e ampliação do acesso à justiça.** Revista Brasileira de Direito Criminal n.31. p. 311 - 24.

\_\_\_\_\_. **Informalização da Justiça e Controle Social.** São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito pena I: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

\_\_\_\_\_. Defesa dos direitos humanos e política criminal. In: **Discursos sediciosos.** Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.** Fascículos de ciências Penais, ano 6. v.6. n.2, p.44-59.

\_\_\_\_\_. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discussion en la perspectiva de la criminologia crítica.** Traducción de Mauricio Martinez Sanches Revista Hispanoamericana, Barcelona, n.º 1, 1991.

\_\_\_\_\_. **Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 5, p. 5 – 24.

\_\_\_\_\_. **La política criminal y el derecho penal de la constitucion : nueva reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales.** Revista Brasileira de Ciências Criminais n.29. p. 27 – 51.

\_\_\_\_\_. **Principios Del Derecho Penal minimo** (Para una teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal).

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Weber Martins. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal - A lei 9.0995 e sua doutrina mais recente.** São Paulo: Forense, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BIANCHINI, Alice. **A seletividade do controle penal.** Revista Brasileira de Ciências criminais n. 30, p. 51-63.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização. Dos antecedentes à reincidência criminal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais e Alternativas à pena de prisão.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Novas penas alternativas. Uma análise pragmática.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.28. p. 85 - 107.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Considerações sobre as formas de alternativas ao processo penal estabelecidas na lei 9.099/95. Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado.** Org. Rogério Dutra dos Santos. Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

CARRARA, Enrico. **Programa do curso de direito criminal. Parte Geral.** Tradução por José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p.11.

CASTRO, Aniyar de Castro. **Criminologia da Reação Social.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização.** Trad. Eliana Gransa. São Paulo: RT 1995.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** 37.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A Criminologia radical.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Os novos Juizados Especiais criminais.** São Paulo: Madras, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Da “Política Criminal” à política da igualdade!** Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 29, p. 209 - 231.

DOTTI, Rene Ariel. **Proposta para uma nova consolidação das leis penais.** Revista Brasileira de Ciências Criminais n.28., pp. 151-174.

\_\_\_\_\_. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1998.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime.** Tradução de Paulo Caitanio, 2<sup>o</sup> ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais.** 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões.** Trad. Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALVÃO, Fernando. **Política Criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei n.9.099/95.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (et al) **Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099 de 26.09.95.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

HERMANN, Leda. **Violência doméstica. A dor que a Lei Esqueceu. Comentários à Lei 9.099/95**. São Paulo: Cel-Lex, 2000.

JESUS, Damásio E de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JÚNIOR, Miguel Reale (et al). **Juizados Especiais Criminais - Interpretação Crítica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

KARAN, Maria Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n.29, p. 331 - 49.

\_\_\_\_\_. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. In: **Conversações abolicionistas, uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passeti e Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim. 1997.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima**. RT 757. p. 402-11.

\_\_\_\_\_. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995 Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Crise do Direito Penal**. RT 765. p. 417-35.

MONREAL, Eduardo Nova. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

NALINI, José Renato. **Aplicação da lei penal: debates e tendências**. Revista dos Tribunais. n. 770. p. 447 - 54.

PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia, GOMES, Luiz Flávio. **Introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1997.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1989.

PASSETTI, Edson. **Conversações Abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natascheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal, a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Controle social punitivo e a experiência brasileira. Uma visão crítica da Lei 9.099/95, sob a perspectiva criminológica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 29, p. 4 - 411.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SMANIO, Giannpaolo Poggio. **Criminologia e juizado especial criminal. Modernização do processo penal/control social**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TORON, Alberto Zacarias. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Em Busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Roman Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. **La culpabilidade en el siglo XXI**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 28. p. 58 - 71.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 2.<sup>a</sup>ed. São Paulo: RT, 1999.