

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 3 – Número 1 – p. 100-111 – janeiro/junho 2011

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ALINE MARIA MONTEIRO

INCONGRUÊNCIA NA TRANSAÇÃO PENAL¹

Vera Ribeiro de Almeida

Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Resumo

Este artigo integra a dissertação de mestrado em desenvolvimento junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Gama Filho-Rio de Janeiro e examina a aplicação da pena nas hipóteses de transação penal, a partir de documentos colhidos junto a um dos Juizados Especiais Criminais da Baixada Fluminense do Rio de Janeiro, confrontando-os com os discursos legal e doutrinário acerca das referências conceituais deste instituto e os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade da pena, questionando a validade do Estado Democrático de Direito à luz da efetividade destes princípios.

Palavras-chave: Legalidade da pena; Transação penal; Segurança jurídica.

Abstract

Incongruence in the criminal transaction

This article integrates the dissertation developing to the Program of After-Graduation in Law and Right, the University Gama Filho-Rio de Janeiro and examines the application of the penalty in the criminal transaction hypotheses, from documents harvested along one of the Special Criminal Courts of the of the state of Baixada Fluminense one of Rio de Janeiro, confronting them with legal and doctrinal speech about conceptual references this institute and the constitutional principles of the legality and the priority of the penalty, questioning the validity of the Democratic State of law in the light of the effectiveness of these principles.

Keywords: Legality of penalty; Criminal transaction; Legal security.

INTRODUÇÃO

Este artigo é parte da dissertação de mestrado em desenvolvimento junto ao curso de Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, da área de concentração “*Direito, Estado e Cidadania*” e da Linha de Pesquisa “*Direito, Constituição e Cidadania*”, sob a orientação da professora Dr^a Regina Lúcia Teixeira de Mendes. Através dele se procura identificar aspectos do Estado brasileiro e sua concretização sobre a cidadania dos nacionais, notadamente na observação da categoria² *segurança jurídica*, decorrente do princípio³ constitucional da legalidade penal, do qual emanam os princípios da legalidade e da anterioridade da pena e que teriam a função de impedir o Estado de aplicar pena não prevista previamente em lei. Estes princípios são considerados pelo discurso jurídico como reitores do modelo de Estado Democrático de Direito, na medida em que se apresentam como garantias para o jurisdicionado.

A motivação deste estudo surgiu da análise de dados documentais colhidos junto a um dos Juizados Especiais Criminais da Baixada Fluminense do Estado do Rio de Janeiro, onde foi percebida uma

grande variação nas penas aplicadas aos jurisdicionados, mesmo quando se tratava de infrações penais idênticas, mas o fato mais curioso foi a presença de transações penais impondo a doação de sangue como modalidade de pena. Diante desta novidade se pensou em levantar as previsões legais e doutrinárias⁴ dos princípios constitucionais mencionados e, em seguida, compará-las com os dados destes documentos, visando verificar: que critérios são empregados na escolha e aplicação das penas nas hipóteses da transação penal? Com base em qual orientação ou fundamento estes critérios são adotados? De que maneira e até que ponto estes critérios estão de acordo com os princípios que caracterizam o Estado Democrático de Direito?

Para responder a estas indagações se toma como referencial a afirmação doutrinária segundo a qual a validade do Estado Democrático de Direito é traduzida na efetividade dos princípios constitucionais,⁵ especialmente os da legalidade e da anterioridade da pena⁶, porque são empregados como regras-mestras do sistema positivo⁷ (leis constitucionais e infraconstitucionais) e dotados de cunho político, na medida em que afastam a insegurança do direito (as penas estão previamente previstas na lei), o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça (somente podem ser aplicadas penas permitidas pelo ordenamento jurídico⁸, de acordo com o procedimento legal e pela autoridade competente). Formam o instituto jurídico da cidadania (na exata medida da proteção jurisdicional)⁹ e são pressupostos do modelo do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos um tratamento digno, justo e igualitário (TEIXEIRA MENDES, 2008).

O corte espacial definindo o Juizado Especial Criminal como “campo” (BOURDIEU, 1989, p. 209-255), visa examinar a produção do conhecimento que ali se perfaz através de ritos,¹⁰ compreendendo a prestação jurisdicional e porque aos Juizados Criminais Estaduais se deve à função social de “pacificador” dos conflitos sociais e local onde é mais visível a operacionalização da transação penal (enquanto procedimento resultado do consenso entre o Ministério Público e o jurisdicionado sobre a aplicação da pena, sem a instauração do processo criminal tradicional). Como a transação penal é vista à semelhança da *plea bargaining* estadunidense, também se empregou o método comparativo por contraste no estudo de alguns aspectos do sistema judicial norte-americano, frequentemente invocado pela doutrina, para fundamentar a adequação do instituto em nossa tradição. Tal análise é importante, porque aborda questões vinculadas à importação de modelos fundados em instituições culturais díspares, cujo resultado, como afirmou Kant de Lima, acarreta consequências também desiguais para além de sua variação semântica (1995c).

1 LEGALIDADE DO PROCESSO: PROCESSO DEVIDO?

Dentre as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição de 1988 merece destaque o “*acesso à justiça*” por se tratar de direito a uma prestação jurisdicional justa, equitativa e eficaz, através da qual a aplicação da pena se efetiva, com base no inciso XXXV, do artigo 5º, segundo o qual: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Do princípio constitucional do acesso à justiça decorre como seu corolário, o devido processo legal, previsto nos incisos LIV e LV, do mesmo artigo 5º, da Constituição, segundo o qual ninguém pode ser processado sem que existam, previamente, normas processuais aplicáveis ao caso, sendo estas orientadas pela mais ampla defesa e a possibilidade do contraditório (CAPPELLETTI, 1988, p. 20)¹¹:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (CÓDIGOS, 2010)

No Brasil, a doutrina afirma que o devido processo legal é semelhante ao *due process of law* norte-americano¹². Contudo, lá o instituto contém normas relativas a direitos oponíveis ao Estado contra os abusos de sua autoridade e são fundamentos da tradição jurídica democrática, com a garantia de participação popular, assegurando aos seus cidadãos um julgamento justo (previstos na 4^a, 5^a, 6^a, 7^a e 14^a emendas à Constituição dos EUA). Quando alguém é acusado de um crime pode optar por se declarar culpado e, com isso, não se submeter ao rito processual do julgamento; pode também não aceitar a imputação (ou permanecer em silêncio) e, neste caso, tem direito ao processo com as prerrogativas a ele inerentes: a garantia de ser julgado por um tribunal de jurados composto por membros de sua sociedade, seus pares (*trial by jury*)¹³. Configura, como afirma Ferreira, um direito pessoal e disponível, pertencente ao acusado: pessoal, porque somente ele poderá exercitá-lo; disponível porque o direito de ser julgado por este tribunal pode ser abdicado pelo acusado, ocasião em que negociará sua pena com o órgão de acusação (2004, p. 72).

O nosso devido processo legal consiste na imposição de um processo pela iniciativa do Estado, através do Ministério Público¹⁴ ou da vítima (ou seu representante legal), logo, vinculado ao interesse da acusação. Não constitui direito do acusado, porque este não pode recusá-lo. No entanto, alguns juristas brasileiros afirmam que o nosso devido processo legal é uma garantia da defesa do acusado, porque pressupõe sua conformidade com a lei, ou seja, realizado de acordo com o comando constitucional, penal e processual penal. Esta orientação, porém, gera o estranho raciocínio de que pode existir, no ordenamento jurídico de um país democrático, uma condenação sem processo ou um processo ilegal!¹⁵

O processo entre nós está ligado às “marcas” deixadas pela formação jurídica colonizada, “baseada na tradição inquisitorial portuguesa e na dominação das elites políticas e sociais que, controlando o conhecimento, produziram e desenvolveram nosso sistema jurídico”, que é, portanto, desde sua origem, comprometido com o poder e com as escusas forças que o circundam (LOPES, 2002, p. 277-307). Este sistema reproduz a ideia de que o processo paira sobre a cabeça do acusado como uma “*Espada de Dâmoques*”, associada às influências históricas que apontam o sistema de produção de verdade adotado pelo Direito Canônico, de tradição inquisitorial, buscando alcançar na verdade real uma expiação para os “pecados” (crimes) do acusado (ALMEIDA JÚNIOR, 1959).

Há autores que consideram o processo penal brasileiro com feição mista, porque este conjuga, ao mesmo tempo, procedimentos de natureza inquisitoriais e acusatórios.¹⁶ No entanto, Coutinho (2006, p. 6) adverte que:

é tomado como acusatório somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório (por ex: exigência de processo devido, de contraditório, de parte, etc.), o que lhe não retira o cariz inquisitório empregado.

Para o “devido processo legal” ser considerado “*proteção assegurada ao acusado*,” deve se assentar, ao menos, nas seguintes garantias constitucionais (cumulativamente): acesso à justiça penal; realização do processo e da sentença por autoridade competente; consideração da culpa somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; impossibilidade da restrição da publicidade dos atos processuais, salvo quando destinada à defesa da intimidade da vítima; tratamento paritário dos envolvidos no processo; plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios de provas e recursos a ele inerentes; manifestação inequívoca do acusado, concordando ou discordando da acusação imposta; conhecimento da motivação dos atos decisórios; aplicação de pena estabelecida na lei; desenvolvimento do processo penal em prazo razoável de duração, e execução da pena conforme previsão legal.

Dentre estas garantias acima indicadas, a relativa à operacionalidade da pena estritamente estabelecida em lei¹⁷ será examinada a seguir, limitando-a as hipóteses da transação penal.

2 DISCURSO LEGAL E DOUTRINÁRIO SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA E A TRANSAÇÃO PENAL

No Brasil, os conflitos sociais decorrentes de infrações penais apreciados pelo poder judiciário, são “tratados”¹⁸ conforme um sistema de normas processuais estabelecidas na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3688, 3 de outubro de 1941) e em leis especiais. Como Estado regido por uma Constituição, as leis hierarquicamente inferiores devem sempre obediência à suprema e, por conseguinte, às garantias processuais aí estabelecidas.

Antes de 1988, o procedimento para aplicação da pena seguia o princípio “*nulla poena sine iudicio*”, segundo o qual a pena somente seria aplicada através de sentença condenatória (proferida pelo órgão judicial competente). Em 1988, no entanto, este modelo se alterou por força do disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal¹⁹, que além de introduzir os princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da celeridade, da economia processual, da conciliação e da transação penal, caracterizadores dos procedimentos realizados nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (regulamentados em 1995, através da Lei nº 9.099), também possibilitou ao órgão de acusação a tarefa da aplicação imediata da pena, sem a instauração do processo tradicional²⁰.

Segundo Garcia (1996, p. 9-17), a lei de 1995 obedeceu à imperiosa necessidade do sistema brasileiro se abrir às tendências contemporâneas, que exigiam procedimentos adequados à concreta efetivação da democracia, notadamente pela ideia do consenso em matéria penal, traduzido nos institutos da conciliação e da transação penal, embora, inicialmente, tenha recebido algumas críticas²¹, reflexo da “dificuldade de ser afastada uma educação arraigada no formato tradicional, com base em um sistema de administração de conflitos regulado pela ação punitiva, extra-oficial e, muitas vezes, arbitrária em Delegacias de Polícia” (KANT DE LIMA, 1995a, 1995b, 1989).

Mais tarde, quando já estava fomentada a ideia de que o caminho natural do processo penal seria o consenso, mediante a estruturação deste espaço “*revolucionário*”, as críticas à lei se fundamentavam na ofensa a princípios constitucionais relativos ao processo e garantidores do modelo democrático do Estado brasileiro (PRADO, 2003 e STRECK, 2002).

Dentre os procedimentos introduzidos no processo penal se destacam a conciliação e a transação penal. A conciliação está prevista nos artigos 72 e 73 da Lei nº 9099/95, devendo ser conduzida por um juiz togado ou leigo, que esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes “os riscos e as consequências do litígio”. Obtida a conciliação, esta será reproduzida por escrito e homologada pelo juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Na verdade, a conciliação não era desconhecida da lei processual brasileira, pois já estava prevista no título 20, 1, do Livro III, das Ordenações Filipinas e mais tarde foi reproduzida na Constituição outorgada de 1824, atribuindo ao juiz de paz²² a função de conciliação prévia, esta definida como condição obrigatória para o início de qualquer processo (LOPES, 2002). Assim, a Lei 9099/95 trouxe o consenso de volta para o campo penal.

Já a transação penal, esta sim, verdadeira novidade entre nós, foi estabelecida no artigo 76 da lei de 1995 e consiste em proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público, ao infrator de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou crime de ação penal pública incondicionada²³, desde que preenchidos os requisitos adiante mencionados. Este instituto foi inicialmente considerado semelhante à *plea bargaining*, do direito processual criminal dos Estados Unidos

(GRINOVER apud AMORIM et al., 2002, p. 14), mas o modelo estrangeiro está muito distante do nosso, na medida em que consiste em barganha entre a acusação e a defesa, na qual o órgão de acusação “pode deixar de oferecer acusação em troca de confissão ou da colaboração do suspeito para a descoberta dos co-autores” (JACOB, apud FERREIRA, 2004). Lá o instituto refere-se à uma audiência preliminar (pré-processual) entre o *defense attorney* (defensor do acusado) e o *prosecutor*²⁴, reunidos em uma sala do tribunal com o juiz, onde discutem, no intuito de chegar a um acordo sobre a culpabilidade do acusado. O *prosecutor* apresenta suas considerações, apontando sua “recomendação” e o advogado de defesa oferece sua tese em contrário. O juiz, após ouvi-los, indica uma estimativa do custo financeiro do caso e promete uma sentença específica, havendo uma negociação entre as partes e, por conseguinte, o reconhecimento, em certa medida, da culpabilidade do acusado. Em seguida, o advogado oferece a proposta para seu cliente e se esta for aceita, todos participarão de uma cerimônia formal, onde o argumento da culpa será apresentado pelo juiz e aceito pelo acusado. Caso a proposta de acordo seja rejeitada pelo acusado, este será levado ao *Grand Jury* (júri de acusação), mas isto não obsta futuras negociações (FERREIRA, 2004).

Segundo a doutrina estrangeira (SÉROUSSI, apud FERREIRA, 2004), haveria três vantagens básicas para o acusado participar da *plea bargaining*: a redução da possibilidade de uma pena de detenção durante o processo em um tribunal; o aumento das chances de obter uma sentença não condenatória e a redução dos custos financeiros da representação legal (constituir um advogado).

No modelo estrangeiro não se verifica a procura incansável pela verdade real. Lá, o que se busca é o consenso sobre a culpa do acusado, um consenso sobre o que seja a verdade para solução do caso, realizado entre o acusado e o *prosecutor* (FERREIRA, 2004). Quando o acusado de um crime chega à conclusão de que é melhor reconhecer sua culpa – tendo consciência das provas (*evidences*) contra si existentes – ele, juntamente, com a parte acusadora (*prosecutor*), constroem uma verdade para os fatos, não importando se é ou não a “verdade real”, já que, consensualizada, pactuada pelas partes, para terminar o processo. Nesse modelo, quando o acusado confessa o delito e aceita a culpabilidade, ou seja, realiza um acordo, torna efetiva a *plea bargaining*, e, em consequência, o processo não chega a existir, ainda que avaliada a culpa.

No modelo brasileiro, quando aceita a proposta de transação penal, o processo também deixa de prosseguir, mas não se concebe que o acusado esteja confessando o crime ou assumindo a sua culpa, apesar de lhe ser aplicada uma pena. Como afirmado por Prado, no nosso sistema, as partes não constroem uma verdade baseada no conhecimento comum sobre as provas colhidas e no acordo acerca da culpa do autor do fato. Aqui, transaciona-se exclusivamente a pena, com o fim de evitar o processo (2003, p. 218).

Além da conciliação e da transação²⁵, a Lei de 1995 estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o processo e julgamento das infrações denominadas *de menor potencial ofensivo*, assim considerados os crimes ou contravenções penais com penas não superiores a dois anos²⁶. A lei estabeleceu também um procedimento dividido em duas etapas, como afirma Amorim (2002, p. 6). A primeira, normalmente iniciada pelo acolhimento das partes encaminhadas pelas Delegacias de Polícia, onde se realiza a tradução do fato social em fato típico (no Termo Circunstanciado)²⁷. O suposto autor do fato e a vítima participam, preliminarmente, de uma audiência de conciliação conduzida por um conciliador e, se tratando de crime de ação penal pública condicionada à representação ou de crime de ação penal privada, faculta-se às partes a possibilidade de realizarem a composição cível, podendo resultar em uma indenização pecuniária à vítima e configurando, assim, uma “civilização” do processo penal. Ocorrendo a composição cível, as partes assinam o acordo e o juiz declara extinta a punibilidade, terminando o feito. Caso a composição não seja possível – ou se tratar de crimes de ação penal pública incondicionada – o feito passa à segunda fase, com o oferecimento da transação penal. Neste momento, o Ministério Público propõe ao autor do fato a aplicação de pena restritiva

de direitos ou multa, em geral. Se o autor do fato e seu defensor aceitarem a proposta, o juiz a homologa. A Lei também prevê a possibilidade da proposta não ser aceita pelo acusado e seu defensor, ocasião em que o procedimento deverá seguir o rito semelhante ao tradicional, com o oferecimento de denúncia pelo órgão de acusação e demais atos processuais, atingindo seu encerramento com a sentença judicial, fase que não será examinada neste estudo.

Quanto à possibilidade da transação penal, a lei (artigo 76) impõe os seguintes requisitos: a) não ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; c) se indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais; d) formulação da proposta pelo Ministério Público e aceitação por parte do autor da infração e seu defensor. E ainda, quando não se tratar de hipótese de arquivamento do procedimento. Ocorrendo sua aceitação pelo autor da infração e seu defensor, haverá a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa.²⁸

A “transação” entre Ministério Público e suposto autor do fato fica, portanto, limitada às seguintes possibilidades: “opção entre a multa e a pena restritiva, fixação do valor da pena, e a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva”. O órgão de acusação, portanto, não negocia a verdade como na *plea bargaining*, mas somente a aplicação da pena²⁹.

3 APLICAÇÃO DA PENA – VISÃO EMÍPRICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Neste item a aplicação da pena na transação penal é examinada conforme a sua operacionalização e orientada pela etnografia das práticas jurídicas conforme apontado por Kant de Lima e Varella (2008, p. 107).

O campo jurídico é um campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica. Como exemplos de conflitos nesse espaço são citados os que se estabelecem entre os que detêm conhecimento jurídico e capacidade postulatória e os que não detêm, mas necessitam de tal conhecimento (os “profanos”), conforme Bourdieu (2001, p. 21).

No que se refere ao processo penal, Barbosa Moreira já advertiu para o fato de que, mesmo quando simplificada a relação desenvolvida no processo, ela atua, por assim dizer, intramuros, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, sendo necessária a compreensão dos conceitos e alcances verdadeiros de cada mecanismo posto à disposição dos sujeitos (1989, p. 11). Assim, este campo limita a atuação pela ideia de competência jurídica, excludente dos que não são dotados de um dito saber. As regras que operam neste campo são regras de condutas, que determinam: o que se deve ou não fazer e quem tem ou não um conhecimento especializado para nele atuar.

Nesta linha de raciocínio, a pesquisa se dividiu em dois momentos distintos: as representações sociais acerca da pena e da transação penal (ainda em desenvolvimento) e a formalidade de sua aplicação, ora descrita. O exame aqui indicado tomou por base a análise de transações penais coletadas aleatoriamente nos anos de 2003 e 2004, durante a atividade advocatícia da pesquisadora junto aos Juizados Especiais Criminais de Nova Iguaçu - Rio de Janeiro. Do total das 36 (trinta e seis) amostras coletadas, foram destacadas e trazidas à colação deste artigo somente o estudo de 12 (doze), visando concentrá-lo e também porque estes contêm um dado peculiar em comum: a imposição da doação de sangue como modalidade de pena, conforme modelo constante do apêndice, sendo oportuno ressaltar que todas foram homologadas judicialmente.

A justificativa, neste caso, foi a ocorrência de uma circunstância alheia aos fins da pena³⁰ ou à repressão do crime: a baixada fluminense do Estado do Rio de Janeiro foi atingida por fortes chuvas, causando grandes prejuízos para a população local, fato este amplamente divulgado na época pela mídia, dentre eles, a redução

de sangue e hemoderivados no banco de sangue de um hospital municipal, incentivando a celebração de convênio entre a Secretaria de Saúde Municipal e os Juizados Especiais Criminais de Nova Iguaçu e tal medida se espelhou em exemplo anteriormente experimentado pelo Juizado Criminal do Paraná (CHAGAS, 2005, p. 1). Para legitimá-la, o órgão judicial carioca adotou o recurso hermenêutico, estendendo o alcance da expressão “*prestação social alternativa*” contida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “d”, da Constituição Federal³¹, alegando que a doação de sangue se inseria nesta modalidade de pena. Esta decisão, no entanto, teve curta vigência, em face do decreto de inconstitucionalidade promovido pela 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça, confirmando a visível ofensa à integridade física dos infratores (CHAGAS, 2005, p. 4). Contudo, tal declaração de inconstitucionalidade não constitui uma restrição universalmente cogente, já que não tem caráter vinculante, podendo voltar a ser aplicada, inclusive, pela mesma magistrada que a homologou. E mais, apesar da breve duração da medida, sua abrangência restou extremamente sentida e representada pela quantidade de amostras examinadas neste estudo.

Com base no princípio da taxatividade (ou lei certa) a proibição da interpretação extensiva, por analogia ou paridade, impede a aplicação de qualquer outra pena, além das previstas em lei, porque “por mais interessante ou simpática que possa parecer, padece dos vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º, XXXIX, CF), além de representar um autêntico abuso de poder” (BITTENCOURT, 2003, p. 23). Assim, as sanções previstas no artigo 76, da Lei 9099/95, devem respeitar os princípios de direito penal: “legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, proporcionalidade e humanidade. Considerar as penas ali previstas como ‘regras de conduta’ significa retirar todas as garantias do Direito Penal, de contenção do direito de punir do Estado frente à liberdade individual, o que é um despropósito”, como esclarece Santos (1996).

Na doutrina estrangeira, Jakobs (1997, p. 99-103) lembra que:

El aplicador de la ley no puede nunca aumentar el nivel de generalización de los elementos positivos del tipo delictivo, es decir, llegar a ser más general, ampliando así el ámbito de aplicación. Esta prohibición de generalización – la doctrina dominante lo denomina (impropiamente) prohibición de la analogía – rige también cuando del sistema de la ley se deduce claramente que la redacción de la ley es demasiado estrecha, pues el principio de legalidad no impide tanto la punición sin razón fundada como la punición sin ley.

O princípio da taxatividade (ou da lei certa) tem por fim evitar o *arbitrium iudicis*, acarretando para o aplicador da pena o dever de autolimitar seu poder punitivo, como garantia de tratamento isonômico (PRADO, 2006, p. 130), mas exemplos como os examinados aqui confirmam a denúncia de doutrinadores como TOLEDO (1994) e FERRAJOLI (2002), de que a mera enunciação dos princípios constitucionais não é suficiente para garantir as pessoas contra o emprego arbitrário do direito penal.

Em decisão datada de 1990, o Ministro Celso de Mello³² já esclarecia a incompatibilidade do emprego da doação de sangue como pena de prestação de serviços à comunidade, porque a doação de sangue não se ajusta aos parâmetros conceituais, fixados pelo ordenamento positivo, “pertinentes a própria inteligência da expressão legal ‘prestação de serviços a comunidade’, cujo sentido, claro e inequívoco, veicula a ideia de realização, pelo próprio condenado, de encargos de caráter exclusivamente laboral” (STF, 2010).

Nas propostas examinadas, todas possuem a mesma apresentação, forma e conteúdo e indicam a imposição da doação de sangue no último parágrafo do texto, como demonstra o exemplo do apêndice. É preciso destacar que, embora mencionada expressamente a aplicação de pena de multa e sua substituição pela prestação pecuniária, “consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos”,³³ a conversão dessas penas não está prevista em lei e, portanto, só por isso, tal atividade (conversão da conversão) é inconstitucional Prado (2003, p. 78).

A coleta de sangue e demais procedimentos a ela relacionados encontra previsão legal no artigo 199, da Constituição Federal de 1988, inserido no Título VIII, da Ordem Social, no capítulo II, relativo à Seguridade Social, o qual estabelece que:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (CÓDIGOS, 2010)

É considerada atividade de natureza altruísta e medida voltada para a proteção e a salvação de vidas, contrária, portanto, à obrigação, tanto que estudos já comprovaram que indivíduos motivados a doar “*por interesse*”, apresentam maiores percentuais de inaptidão clínica, da mesma forma que as instituições normatizadoras e assessoras da área de saúde, nacionais e estrangeiras são unânimes em relacionar a qualidade do sangue com o doador voluntário (SILVA, 2001).

Nas hipóteses analisadas neste estudo, nem as condições físicas e biológicas dos doadores, nem a qualidade do sangue doado foram consideradas, sendo importante afirmar que mesmo em caso de inaptidão clínica do doador, ainda assim a pena restou cumprida, mitigando, desta forma, tanto o caráter solidário que a medida poderia ainda conter, quanto à finalidade da pena (independente da teoria da finalidade da pena).

Além da inconstitucionalidade da medida, decorrente da ofensa à integridade física do acusado, nenhuma das propostas examinadas descreve qualquer informação acerca da dinâmica do consenso, se é que existiu. Não há registro dos argumentos empregados pela defesa ou de como a acusação obteve a aceitação da pena e, apesar de expresso que “O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa”, é relevante o fato de nenhuma delas conter a assinatura do advogado de defesa, imprescindível ao ato, conforme redação do § 3º, do artigo 76 da Lei 9099/95.

Sendo a transação penal resultado de acordo, sua demonstração se torna indispensável, com o fim de verificar a ausência do emprego de qualquer recurso de intimidação e a concretização da autonomia da vontade do infrator, como liberdade de escolha, que é antes de tudo reafirmação de uma igualdade jurídica não frustrada pelas diferenças econômicas, técnicas, de etnia, credo etc. Ora, em uma sociedade fortemente caracterizada pelos desequilíbrios sociais como a nossa, o mito da autonomia de vontade deve ser alvo da crítica jurídica, ao que realmente ele é e representa e não ao que se gostaria que fosse pelo simples fato de estar previsto em lei!

No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade exige obediência incondicional à Constituição, seja em âmbito formal (processo legislativo) ou em âmbito material (direitos e garantias fundamentais). Assim, tem lugar a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* válida e não somente nominal. Por outro lado, a Justiça Penal Consensual possível pela égide constitucional deve ser analisada a partir de criteriosa visão dos princípios reitores do Estado Democrático Brasileiro, ou seja, dentro de um espaço em que os demais mandamentos constitucionais alcancem maior eficácia possível, principalmente os que versam sobre as garantias processuais, tornando o “*jogo igual para todos*” (FERRAJOLI, 2002).

CONCLUSÃO

A presente análise é parte da investigação jurídico-empírica dirigida às práticas do processo penal brasileiro e objeto de dissertação de mestrado em desenvolvimento, cujo foco se refere à compreensão do modo de aplicação da pena através da transação penal.

Neste estudo se tomou por referência o princípio constitucional da legalidade penal e seus subprincípios (legalidade e anterioridade da pena), conforme os discursos legal e doutrinário, os quais foram em seguida cotejados com os dados coletados aleatoriamente junto a um dos Juizados Criminais do Estado do Rio de Janeiro, restando demonstrada a equivocada *práxis* da fixação de penas não previstas em lei, como resultado de acordos penais, em visível ofensa aos princípios constitucionais analisados, sugerindo a presença de subjetividades que não respeitam as previsões legais e se assemelham a mecanismos arbitrários e contrários ao modelo de processo penal adequado ao regime republicano, na qual o processo é instrumento de defesa do jurisdicionado.

Mesmo após 15 (quinze) anos da edição da lei 9.099 se percebe que a prática do consenso em matéria processual penal no Brasil ainda está em fase embrionária e sua prática confirma que a mera importação de um instituto de índole estrangeira (de uma tradição cultural igualitária) e sua inserção no nosso sistema de normas, transformando completamente as “*regras do jogo*” (sem considerar fatores culturais ligados à forma como os brasileiros interagem com a lei e com o processo penal), acaba por torná-lo inviável. Em outras palavras, a mera importação não impede a reprodução das representações sociais oriundas de uma tradição cultural desigual, arraigada no formato de um sistema de administração de conflitos onde ainda co-existem procedimentos inquisitivos, como o inquérito policial (KANT DE LIMA, 1989).

Por fim, este exame demonstrou que se existem critérios empregados na escolha e aplicação das penas nas hipóteses da transação penal, estes parecem não observar os princípios constitucionais da legalidade da pena. A ausência de informações acerca da operacionalização da transação penal nestes documentos é um forte obstáculo para uma análise mais aprofundada sobre a orientação (critério) ou fundamento adotado nesta operação, talvez possível somente através de pesquisa de campo, o que será objeto da fase seguinte, já em andamento. Por ora, o que se pode afirmar é que esta ausência de informações torna perceptível a incongruência entre aquilo que o campo jurídico apregoa e o que realmente pratica, sendo tal desarmonia um fator que contribui para a insegurança do jurisdicionado e que pressupõe uma justiça incapaz de cumprir as garantias afirmadas na lei constitucional e infraconstitucional. Esta situação mantém atual a denúncia de HOLANDA (1943, p. 273): “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos correntes em toda a história da América do Sul”.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3ª ed. argumentada. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1959. v. 1 e 2.
- AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo; KANT DE LIMA, Roberto. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 40, out./dez. 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlo. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- BOBBIO, Norberto - *Teoria do ordenamento jurídico*. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Bertrand Brasil, 1989.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHAGAS, Rosana Navega. Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, n. 9, 2005.

- FERNANDEZ, José Barros. A transação penal e suas consequências jurídicas. In: AMORIM; KANT DE LIMA; BURGOS (Orgs.). *Juizados Especiais Criminais*. Sistema judicial e sociedade no Brasil. Niterói, RJ: Intertexto, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal, um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*. 2. ed. Goiânia: Editora AB, 1996.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. de Pedro Filipe Henriques. [s.l.]: Piaget, 1997. (Col. Direito e direitos do homem).
- GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Trad. de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. rev. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto; VARELLA, Alex. Saber jurídico e direito à diferença no Brasil: questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. In: *Ensaio de antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. (Col. Conflitos, direitos e culturas).
- KANT DE LIMA, Roberto; ALONSO, Magali. Capoeira e cidadania: negritude e identidade no Brasil Republicano. *Revista de Antropologia*, n. 34, 1991.
- KANT DE LIMA, Roberto. Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, n. 4, jun. 1989.
- _____. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995a.
- _____. Bureaucratic Rationality in Brazil and in the United States: criminal justice systems in comparative perspective. In: DAMATTA, Roberto & HESS, David (Eds.). *The Brazilian puzzle*. Culture on the borderlands of the Western World. New York: Columbia University Press, 1995b.
- _____. *Da inquirição ao júri, do trial by jury à plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos*. Trabalho apresentado ao concurso de Professor Titular em Antropologia, Departamento de Antropologia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1995c.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. As fontes – constituição e codificação no Brasil do século XIX. In: *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARQUES, Frederico. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. A natureza jurídico-penal da multa e da restrição de direitos na transação penal: Lei nº 9099/95. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, fascículo 38, 1996.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 4 v.
- SILVA, M.F.P. et al. Representações sociais sobre a doação de sangue em um serviço de hemoterapia. JORNADA INTERNACIONAL SOBRE REPRESENTAÇÕES SOCIAIS: QUESTÕES METODOLÓGICAS, II. *Resumos*. Florianópolis: UFSC, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9099/95. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. *Dilemas da decisão judicial*. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro: 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CÓDIGO PENAL; PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Obra coletiva da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381887>>. Acesso em: 29 maio 2010.

NOTAS

¹ Este texto foi retirado do artigo apresentado no XIX Congresso Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, Florianópolis, out/2010, sob o título “INSEGURANÇA JURÍDICA NA TRANSAÇÃO PENAL”.

² Do grego “*Κατηγορια*”, “*kategoria*” (acusação, atributo), é empregada para exprimir as relações que estabelecemos entre ideias ou fatos. São estruturas do pensamento, que mudam conforme o contexto e referem-se à qualidade atribuída a um objeto, isto é, ao atributo de um objeto ou de uma realidade (SILVA, 1982, p. 29-53).

³ Por razões sistemáticas, adota-se neste estudo para o termo princípio o significado de fundamentos: “*são as bases gerais sobre as quais as instituições do Direito são construídas e que em um determinado momento histórico informam o conteúdo das normas jurídicas de um Estado*” SILVA (1982, p. 447).

⁴ A doutrina jurídica, também chamada de dogmática jurídica e é uma forma de construção do saber, própria do campo jurídico, que reúne e organiza, de forma sistemática e racional, comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. É através dele que o direito se reproduz. É um saber dogmático, segundo GEERTZ, abstrato e normativo, com função de ensinar, de forma normalizada e formalizada, as regras que estão em vigor (1998, p. 249).

⁵ BONAVIDES (apud GRECO, 2004), afirma que “*Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.*” (1999, p. 13), entre outros.

⁶ Para a doutrina, o princípio constitucional da legalidade do crime e da pena constitui uma garantia para o indivíduo, uma segurança: a de não ser punido, caso seu comportamento não se realize conforme expresso na lei (GRECO, 2004, p. 100). É também denominado de “*princípio da legalidade penal*” ou “*princípio da reserva legal penal*”, ou ainda, “*princípio da legalidade dos crimes e das penas*”, contida na máxima latina *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, desdobrada em duas orientações: não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia lei e estão previstas no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal (Decreto-Lei 2848, de 1940), com as seguintes redações: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (CONSTITUIÇÃO, 2010). E no Art. 1º “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (CÓDIGO PENAL, 2010, p. 279).

⁷ Dentre os diversos significados de direito positivo, se adota “O direito válido em vigor, tenha ele ou não sido criado pela vontade”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito* (2001, p. 265).

⁸ Ordenamento jurídico é o conjunto de normas (direito codificado) e jurisprudências que compõem e orientam as práticas forenses, constituindo um sistema dinâmico “*no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da autoridade que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima.*” (BOBBIO, 1994, p. 40). Atualmente é possível distinguir dois tipos de ordenamentos jurídicos (ou sistemas jurídicos): o da tradição romanística, das nações latinas e germânicas (*civil law*) e o da tradição anglo-americana (*common law*). O Brasil se insere no rol dos países que adotam a *civil law*. Sobre as diferenças entre os sistemas jurídicos, ver MERRYMAN e PERDOMO (2009).

⁹ A proteção jurisdicional está assegurada no inciso, XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, pressupõe a possibilidade de todos, indistintamente, poderem pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

¹⁰ Conforme GARAPON (1997), este ritual encarna valores da república e da democracia e os representa na cena, no espaço, no tempo, nas vestimentas, na linguagem, nos papéis assumidos pelos atores, de modo a tornar eficiente a sua comunicação não racional. A ênfase, portanto, é dada aos papéis assumidos por quem dirige o ritual e pelos seus participantes, buscando conhecer as relações estabelecidas entre eles.

¹¹ CAPPELLETTI, em ensaio escrito com Bryant Garth, declarou que o movimento pelo acesso à justiça constituiu um aspecto central do Estado Social ou *welfare State* e nos países ocidentais, esse movimento se fez em três fases (ou *ondas*), iniciadas em 1965. “O acesso à justiça”, de acordo com estes autores, foi definido como uma expressão que determina “*duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.*” (1988, p. 8).

¹² Neste sentido, TOURINHO (2003, p. 57) e CAPEZ (2009, p. 37), entre outros.

¹³ Este julgamento representa a chamada “*adjudication*”, que significa arbitragem pelo júri.

¹⁴ O Ministério Público é considerado como função indispensável à justiça pelo texto constitucional e seu artigo 129, I estabelece, entre outras obrigações, a de promover a ação penal pública, como será examinado a seguir.

¹⁵ Como lembra TOURINHO (2007, p. 57), o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo: “*atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).*”

¹⁶ Luigi FERRAJOLI (2002, p. 564) afirma que acusatório é todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes, e ao juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete a carga da prova, submetida à defesa em processo

contraditório oral e público e resolvido pelo juiz, segundo sua livre convicção. E completa: “Ao contrário, se chama de inquisitivo a todo sistema processual em que o juiz procede de ofício na busca, realização e valoração das provas...”

¹⁷ As penas estão previstas no artigo 32, do Código Penal (Decreto-Lei 2848/40, alterado pela Lei 7209/84): privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. As penas privativas de liberdade se dividem em reclusão e detenção. As de reclusão serão cumpridas nos regimes abertos, semi-abertos e fechados (o artigo 33, *caput*, observa para a fixação do regime prisional a quantificação da pena e as condições pessoais do apenado, conforme § 2º alíneas a,b,c e §3º), enquanto as de detenção, somente podem ter início de cumprimento nos regimes abertos ou semi-abertos, ressalvada a possibilidade de regressão. Já as penas restritivas de direito (artigo 43 e incisos), consistem em prestação de serviço a comunidade, interdição temporária de direito, perdas de bens e valores, prestação pecuniária e limitações de fim de semana (CÓDIGOS, 2010, p. 284-289).

¹⁸ De acordo com AMORIM, o papel do Judiciário no Brasil é pacificar o conflito, não se limitando a “*administrar e solucionar conflitos, pois estes não são vistos como um acontecimento comum e próprio da divergência de interesses que ocorre em qualquer sociedade de mercado. Pelo contrário, aqui os conflitos são visualizados como ameaçadores da paz social, e a jurisdição, longe de administrá-los, tem a função de pacificar a sociedade, o que pode ter efeito de escamoteá-los e de devolvê-los, sem solução, para a mesma sociedade onde se originaram.*” (AMORIM et al., 2005, p. 36).

¹⁹ O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal afirma que: “*a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.*”

²⁰ Os artigos 1º e 2º, da Lei 9099/95 dispõem que: “*Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.*” Já o “*Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.*” (CÓDIGOS, 2010, p. 571).

²¹ Sobre a crítica dos operadores do direito, ver AMORIM et al. (2002, p. 255-281).

²² Conforme TEIXEIRA MENDES (2008) “*A figura do juiz de paz, de efêmera duração, teve suas atribuições transferidas em 1840 para o delegado de polícia, espécie de representante do Poder Judiciário e inserido na estrutura do Poder Executivo, encarregado, desde 1870, da condução do inquérito policial preliminar aos processos judiciais.*”

²³ O direito de punir (*jus puniendi*) pertence sempre ao Estado (principalmente com feição democrática) e decorre de sentença judicial condenatória. Já a ação penal, ou seja, o direito de movimentar a tutela jurisdicional (*jus postulandi*) difere segundo seu titular. A regra geral é de que a ação penal é sempre pública, ou seja, pertence ao Estado e é promovida através do Ministério Público (inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal) e em casos excepcionais, à vítima, quando a lei assim expressa. Sobre as espécies de ação penal no direito brasileiro, ver CAPEZ (2009, p. 110-147) e TOURINHO (2003, p. 310-501).

²⁴ No nosso modelo é um funcionário público, pertencente ao Ministério Público, cuja função, definida como essencial à justiça, está prevista nos artigos 127 e seguintes da Constituição Federal e na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8625/93). No campo jurídico a expressão “Ministério Público” é empregada também para designar o agente público que exerce a acusação criminal (ação penal pública e pública condicionada à representação), previstas no artigo 100 e seguintes do Código Penal.

²⁵ A Lei 9099/95 também prevê a hipótese de suspensão condicional do processo, não examinada aqui.

²⁶ “*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 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*” (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006 – CÓDIGOS, 2010).

²⁷ Termo circunstanciado é o documento redigido na Delegacia, contendo a identificação dos envolvidos, a descrição dos fatos e sua tipificação legal. Outra forma de acesso ao Juizado ocorre quando a vítima é encaminhada ao conciliador, que reduz a termo (transcreve) seu relato e marca data para a realização da audiência preliminar, quando também será ouvido o autor do fato, já devidamente citado para o ato.

²⁸ O artigo 59 do Código Penal estabelece (as circunstâncias judiciais): “*O juiz, atendendo à culpabilidade... estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas.*” A reprovação do fato criminoso e sua prevenção estão, desta forma, afirmados pela lei brasileira como finalidade da pena. A doutrina jurídica estabelece distinção entre sanções e pena. As sanções constituem o gênero no qual se inserem as espécies: penas e medidas de segurança. O artigo 32 e seguintes do Código Penal estabelecem quais são espécies de penas, enquanto o artigo 93 e seguintes estabelecem quais são as espécies de medidas de segurança, aplicadas somente aos inimputáveis (artigo 26).

²⁹ No entanto, FERNANDEZ (2003, p. 133) afirma que “*a transação penal constitui uma alternativa ao processo penal e seus efeitos (inclusive os relativos a punição/castigo), solucionando a controvérsia penal consensualmente, sem o ingresso dos envolvidos no sistema penal intimatório, necessariamente conflitivo.*” sendo seguido por GOMES (2003), para quem a transação penal é um mecanismo através do qual se extingue o processo penal, por via de acordo entre o órgão de acusação e o autor do fato.

³⁰ As teorias são: a que afirma que o fim da pena é a retribuição – ao mal da pena corresponde o mal do crime (PRADO, 2003, p.145). A que entende que a pena teria uma utilidade – prevenção (evitar a ocorrência do crime), conforme BITTENCOURT (2003, p. 90). E a que conjuga ambas – retribuição e prevenção (MARQUES, 1989, p. 109).

³¹ O inciso XLVI, do artigo 5º da Carta, estabelece que: “*XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;*” (2010, p. 24).

³² Esta decisão se refere à doação de sangue realizada por outra pessoa e não o próprio apenado. Contudo, a citação é oportuna, no que se refere à natureza jurídica da penalidade que ora se examina.

³³ As regras para a substituição das penas estão previstas no artigo 45 do Código Penal.